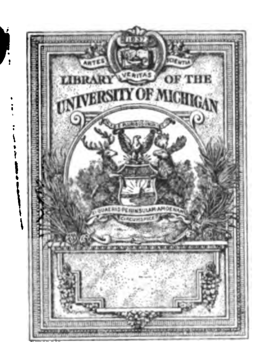
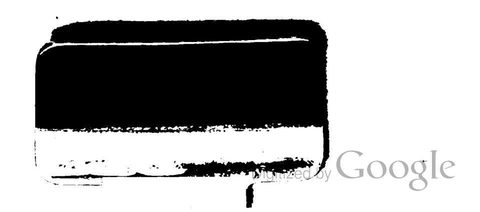



LIBRARY OF THE
UNIVERSITY OF MICHIGAN
ARTES
VERITAS
SCIENTIA





Lehrbuch

des

Justinianisch Römischen Rechts,

zum Gebrauche

bei

Institutionen - Vorlesungen.

Von

Dr. Johann Jacob Lang,
Professor des Rechts in Tübingen.

Zweite verbesserte Ausgabe.

Stuttgart und Tübingen,
in der J. G. Cotta'schen Buchhandlung.

1837.

Vorwort.

Indem ich dem juristischen Publicum die zweite Ausgabe dieses Lehrbuchs des Justinianisch Römischen Rechts übergebe, wiederhole ich die schon im Vorworte zur ersten Ausgabe gemachte Versicherung, daß ich damit keinen weitern Anspruch verbinde, als den auf Brauchbarkeit für Institutionen-Vorlesungen. Ein Institutionen-Lehrbuch kann ja nicht die Aufgabe haben, neue und eigenthümliche Forschungen mitzutheilen, sondern was ich als Aufgabe eines solchen Buchs betrachte, ist lediglich tüchtige Verarbeitung des vorhandenen Stoffs und Benützung der unzweifelhaften Resultate neuerer Forschungen, um einen dem gegenwärtigen Standpunkte der Wissenschaft angemessenen Leitfaden für Anfänger abzugeben. Nach dieser Richtung habe ich denn auch gestrebt, das Buch in der jetzigen Ausgabe wesentlich zu verbessern. Kaum kann ich dieselbe eine vermehrte nennen; denn aus 518 Paragraphen sind 480 geworden und der Umfang des Buchs hat bei gleichem Druck um 15 Seiten abgenommen. Der

Grund hievon liegt in dem Bestreben, dieses Lehrbuch für den mündlichen Vortrag bequemer, und den reellen Bedürfnissen der Anfänger angemessener zu machen. So habe ich, während einerseits neue Paragraphen, besonders mit geschichtlichem Inhalte hinzukamen, andererseits eine Reihe von Paragraphen aufgegeben oder mit andern verschmolzen. Vorzüglich leiteten mich hiebei meine eignen Erfahrungen, die mir die seit der ersten Ausgabe von 1829/30 sechsmal nach dem Buche gehaltenen Vorlesungen gewährten. Hier hatte ich Gelegenheit zu bemerken, wie einzelne Paragraphen zu viel, andere zu wenig enthielten. Zu diesen eignen Erfahrungen kamen die freundlichen Bemerkungen einiger bewährten Rechtslehrer, die sich des Buchs bei ihren Vorlesungen bedienten, und deren Ausstellungen beinahe ganz mit meiner eignen Ueberzeugung übereinstimmten. Recht sehr dankbar bin ich auch für die Berücksichtigung, deren unter den neuern Schriftstellern besonders Herr Prof. v. **Buchholz** in seinen schätzbaren Versuchen und Abhandlungen dieses Lehrbuch gewürdigt hat. Vielfach wird derselbe die Einwirkung seiner Bemerkungen auf die neue Ausgabe nicht verkennen und wo ich seine Ansichten nicht aufgenommen habe, da ist es nicht aus Vernachlässigung, sondern in der Ueberzeugung geschehen, daß die von ihm, wenn auch noch so glücklich bekämpfte Ansicht, sich doch wohl auch noch rechtfertigen lasse. Von den öffentlichen Beurtheilungen des Buchs hat die zweite

Ausgabe ebenfalls einigen Gewinn ziehen können. Leider kam mir die wohlwollende Recension in den Ergänzungsblättern zur allgemeinen Literaturzeitung von 1836 Nr. 41 erst zu Gesicht, als der größere Theil des Buchs bereits gedruckt war. Glücklicherweise war ich einigen vollkommen gegründeten Ausstellungen in dieser neuen Ausgabe zuvorgekommen, so in Beziehung auf communes res omnium, auf commixtio und confusio, auf die collatio emancipatorum. Andere Bemerkungen, namentlich in Beziehung auf den Erwerb des ager desertus, der neben der zwei Jahre fortgesetzten Cultur auch die gehörige Entrichtung der Steuern und Abgaben erfordert (§. 173), in Beziehung auf den Verkauf des Pfandes, welcher nicht eine einfache Anzeige, sondern eine eigentliche attestatio voraussetzt (§. 202), so wie über die Herausgabe der hyperocha (ebend.) lassen sich leicht in der Vorlesung nachtragen. Dagegen haben mich die Bemerkungen über die Nothwendigkeit, das Intestatrecht vor dem testamentarischen vorzutragen, ebenso die, freilich neuerlich sich immer mehr geltend machende, Ansicht über Vitalität, und endlich die Behauptung von der Selbstständigkeit der Klageneintheilung in poenales, rei persequendae causa comparatae und mixtae actiones nicht zu überzeugen vermocht. Abgesehen indessen auch von diesen und ähnlichen bestimmten Aufforderungen zur Veränderung einzelner Sätze wird, wer die zweite Ausgabe mit der ersten zu vergleichen sich die Mühe nehmen

will, leicht finden, daß kaum ein Paragraph ohne alle Veränderung, und wie ich hoffe ohne Verbesserung geblieben ist. Auch in der Stellung einzelner Lehren sind einige Aenderungen vorgenommen worden; so steht im ersten Theile jetzt das Jus honorarium vor den kaiserlichen Constitutionen und im zweiten Theile habe ich mich veranlaßt gesehen, dem Capitel von der väterlichen Gewalt eine andere Eintheilung zu geben. Dagegen ist im Ganzen der Plan derselbe geblieben, und auch die der Einrichtung des Buchs zu Grunde liegende Ansicht, daß Institutionen-Vorlesungen, wenn sie auch als Vorbereitung für die rechtsgeschichtlichen, eben so gut als für die Pandekten-Vorlesungen behandelt werden, niemals ein eigenes Collegium über römische Rechtsgeschichte überflüssig machen können, eine Ansicht, zu der sich auch der gelehrte Verfasser der Uebersicht über die civilistische Literatur in der Haller allgem. Lit. Zeit. 1835. Nr. 58. S. 461. 462 bekennt, hat sich mir in meinen Erfahrungen bewährt.

Tübingen, im Februar 1837.

Der Verfasser.

Uebersicht.

Allgemeine Einleitung. [a]

Vom römischen Recht und seiner wissenschaftlichen Behandlung.

I. Begriff des römischen Rechts überhaupt und der Wissenschaft desselben.

§. 1.

Unter römischem Recht überhaupt verstehen wir den Inbegriff jener Grundsätze, Vorschriften und Regeln, welchen die Einwohner des römischen Reichs, nicht bloß die eigentlichen Bürger, sondern auch die übrigen, vom Ursprung des römischen Gemeinwesens an bis auf den Kaiser Justinian, in einem Zeitraume von 1300 Jahren unterworfen waren. — Wissenschaft des römischen Rechts, als Anwendung des Begriffs der Rechtswissenschaft überhaupt auf das römische Recht, ist im objectiven Sinne die wissenschaftliche Darstellung — die Dogmatik, Geschichte und Philosophie —, im subjectiven Sinne die wissenschaftliche Kenntniß des römischen Rechts.

II. Quellen des Rechts und der Rechtswissenschaft.

§. 2.

Die Quellen des römischen Rechts sind verschieden in den verschiedenen Perioden der römischen Staatsverfassung. Die ursprüngliche Quelle, die Rechtsansicht des gesammten Volks, gieng mit der Veränderung der Republik allmählich über in die

a) Die Begriffe von Recht und Rechtswissenschaft im Allgemeinen werden hier vorausgesetzt. Ihre Erörterung ist Gegenstand der Encyklopädie des Rechts.

Rechtsansicht, und nicht selten in die Willkühr der Kaiser. Erkannt wurde das römische Recht aus den eigentlichen Gesetzen, den Beschlüssen des Senats, den Constitutionen der Kaiser, den Edicten der Magistrate — so weit sie rechtsbestimmende Autorität hatten, den Responsa der Juristen, welches alles man zu dem geschriebenen Rechte der Römer (jus scriptum im römischen Sinne) zählte, und aus dem ungeschriebenen Rechte (jus non scriptum), d. h. den res judicatae und den mores majorum (§. 52. 53). — Die Quellen, aus denen wir heutigen Tages die römische Rechtswissenschaft schöpfen (sehr verschieden von den vorhin angeführten Rechtsquellen), sind eben sowohl die *allgemeinen* der gesammten römischen Alterthumswissenschaft, als *besondere*. Zu *jenen* gehören: 1) die *alten römischen Schriftsteller überhaupt*, und außer den *juristischen* insbesondere die *Grammatiker*, die *agrarischen Schriftsteller*, die *Historiker*, die *Redner*, *Dichter*, selbst die *Kirchenscribenten*; 2) die *Inschriften* in Stein und Erz, so wie die *Münzen*; 3) die *Urkunden feierlicher Geschäfte* überhaupt, und endlich 4) *alle übrige alte Monumente*. Zu den *besondern* Quellen der römischen Rechtswissenschaft gehören: 1) die *Ueberbleibsel* der römischen Rechtserkenntnißquellen überhaupt, also *Gesetze* aller Art, die *Edicte*, *Senatusconsulte*, die *Constitutionen der Kaiser*, die *Schriften der juristischen Classiker*, mögen sie uns *unmittelbar* oder *mittelbar* erhalten seyn (unmittelbare und mittelbare Quellen der römischen Rechtswissenschaft), insbesondere die *Bücher des Justinianischen Rechts*; 2) die uns erhaltenen *Quellen des griechisch-römischen* — *des postjustinianischen Rechts*.

III. Vom Studium des römischen Rechts.

A. Ueberhaupt.

§. 3.

Das Rechtsstudium muß vor allem wissenschaftlich seyn (§. 1). Dabei hängt ein glückliches Resultat hauptsächlich vom

rechten Verständniß der Quellen selber, aus denen die Wissenschaft schöpft, so sehr ab, daß die exegetische Behandlung als Erforderniß jedes wissenschaftlichen Studiums des positiven Rechts erscheint. Die Philosophie des römischen Rechts, als der Schlußstein des wissenschaftlichen Gebäudes, muß nothwendig der Dogmatik und Geschichte folgen. Die beiden letztgenannten aber bedingen sich so sehr gegenseitig, daß keine Behandlungsweise von der andern ganz getrennt werden darf, wiewohl, so in Büchern wie in Vorlesungen zu bestimmten Zwecken, eine dieser Behandlungsweisen vorherrschen kann, um das Ziel — die gesammte Erfassung des römischen Rechts — desto besser zu erreichen. Welche Behandlung aber der andern vorzugsweise vorgehen müsse, ist darum schwer zu entscheiden, weil die Dogmatik durch die Geschichte und die Geschichte durch die Dogmatik gewinnt. Der besondere Umstand, daß unser gesammtes Rechtsstudium mit Grund im römischen Rechte beginnt, der rechtshistorische Unterricht aber, wenn er nicht auf der Oberfläche stehen bleiben soll, schon Rechtskenntnisse voraussetzt, giebt der Methode das Uebergewicht, welche mit der Dogmatik des römischen Rechts beginnt, und dieser die Geschichte folgen läßt, wobei jedoch das Geschichtliche in der Dogmatik soweit zu berücksichtigen ist, als es die innere Verbindung beider Behandlungen fordert. Dieß als richtig vorausgesetzt, müssen wir den Satz anerkennen, daß, wenn aus irgend einem Zeitpunkte des römischen Reichs das System des Rechts kennen gelernt werden soll, ein bloß dogmatischer Vortrag dazu unmöglich ausreichen könne. Die Vergangenheit steht mit der Gegenwart in so inniger Verbindung, daß diese niemals für sich allein verstanden werden kann. Das neueste römische Recht, wie es aus Justinians Recension hervorgegangen ist, kann daher wohl vorzugsweise dogmatisch, nie aber ohne alle Verbindung mit der Historie erörtert werden. Darum fordert schon das Studium des neuesten römischen Rechts außer der exegetischen Uebung auch historische Anknüpfungen. Jedoch gehören diese in den vorzugsweise dogmatischen Vortrag nur soweit, als sie zum Verständniß der

Dogmen nothwendig sind. Die Frage aber, warum gerade die Justinianische Zeit für den dogmatischen Vortrag gewählt wird, beantwortet sich leicht aus dem unmittelbarsten praktischen Bedürfniß, welches sich gründet auf die Schicksale des römischen Rechts nach Justinian und die Verbindung des Justinianischen Rechts mit der Rechts-Entwicklung des spätern Mittelalters im neueren Europa überhaupt und in Deutschland insbesondere. (§. 64 ff.)

B. Von den Institutionen des römischen Rechts.

§. 4.

Sowohl der Reichthum des römischen Rechts, als der Umstand, daß das Studium desselben in das erste Stadium des Rechtsunterrichts überhaupt fällt, macht es unmöglich, sogleich das ganze Detail der römischen Rechtsdogmatik zu erfassen. Darum geht dem Vortrage dieses Details der Vortrag der Rudimente als Elementarunterricht voraus, in welchem die Hauptsätze des neuesten römischen Rechts in gedrängter Kürze dogmatisch erörtert werden. Diese nennen wir die **Institutionen des römischen Rechts**, wie sie schon von Justinian nach dem Beispiele großer Rechtsgelehrten und nach der Analogie der Elementarunterrichte in andern Wissenschaften genannt worden sind. Gerade dieser Elementarunterricht in der römischen Rechtsdogmatik fordert eine stete Berücksichtigung der Rechtsgeschichte, welche jedoch immer untergeordnet, und Mittel zum Zweck bleibt. Darum ist der Darstellung der römischen Rechtsgrundsätze eine kurze äußere Rechtsgeschichte voranzuschicken, in welcher indessen auch die dogmatische Methode vorherrschen soll. Die Rechtsgrundsätze selber sind, wo immer möglich, historisch zu begründen, welche Begründung aber dem mündlichen Vortrag vorbehalten bleibt, so daß das Lehrbuch in der Regel nur da historisch wird, wo dieß unumgänglich nothwendig erscheint. Dem Umfange nach beschränkt sich der Institutionenvortrag — dem hauptsächlich die Justinianischen Institutionen zum Muster dienen sollen, und bei welchem diese daher vorzugsweise auch dem Privatstudium

zu empfehlen sind — auf das Privatrecht, und zwar auf denjenigen Theil des Privatrechts, welcher das materielle bürgerliche Privatrecht (das Civilrecht) genannt wird. Die Gründe für diese Beschränkung liegen eben sowohl in dem praktischen Bedürfniß, als in den historischen Verhältnissen.

C. Verhältniß derselben zum Pandektenvortrage.

§. 5.

Der Pandektenvortrag hat seinen Namen von den Pandekten Justinians (§. 58), und unterscheidet sich in der Ausführlichkeit, wiewohl nicht bloß Justinians Pandekten, sondern auch dessen übrige Rechtsbücher dabei zu benützen sind, ungefähr eben so vom Institutionenvortrag, wie Justinians Pandekten von dessen Institutionen. Die Institutionen, als der Elementarunterricht, gehen den Pandekten, als dem Detailunterrichte, nothwendig voraus, und bilden die Einleitung und Uebersicht für letztere. Dafür nehmen diese mehr auf das Praktische und weniger auf die Antiquitäten Rücksicht, als die Institutionen. Wesentlich unterscheidet sich der in neuerer Zeit übliche Pandektenvortrag dadurch von dem in der frühern und noch im vorigen Jahrhundert gewöhnlichen, daß er sich, wie die heutigen Institutionen, auf das Civilrecht beschränkt, während alles Andere in den Justinianischen Rechtsbüchern, als Quellen, zu Findende und Benützende, für andere Vorträge (Criminalrecht und Proceß) verspart wird; so wie dadurch, daß er selten mehr nach dem Texte von Justinians Pandekten gehalten wird, sondern, wie die Institutionen, nach selbstgewähltem System, wobei jedoch immer das römische System mehr oder weniger zum Grunde liegt *a*).

a) Daß bei dieser Methode hermeneutische und eigentlich exegetische Vorträge unumgänglich nothwendig sind, muß schon in der Methodologie des Rechts bemerkt werden.

Erster Theil.

Erstes Buch.

Uebersicht der Quellen des römischen Rechts.

Einleitung.

§. 6.

Die Unterscheidung zwischen Rechtsquellen und Quellen der Wissenschaft des Rechts überhaupt ist vorauszusetzen. Letztere nennen wir hier insbesondere Quellen der Rechtsgeschichte. Ueber die Methode ist Folgendes zu bemerken. Die äußere Rechtsgeschichte (wie auch die innere) wird gewöhnlich nach Perioden vorgetragen — die sogenannte synchronistische Methode. Da jedoch der dogmatische Vortrag hier als Hauptsache anzusehen ist, so erhält auch die folgende Uebersicht einen dogmatischen Charakter, d. h. wir geben nicht die Lehre von den Quellen in einzelnen Perioden, sondern verfolgen die Perioden in den einzelnen Quellen — die sogenannte chronologische Methode.

Erster Abschnitt.

Verschiedene Arten der Rechtserkenntnißquellen bei den Römern.

Erstes Capitel.

Von den Gesetzen.

(Hugo R. G. 11te Ausg. S. 87 f. 92 f. 113 ff. 368 ff. 677 f. 709 f. 748. Schweppe R. G. §. 39 — 50. Zimmern R. G. §. 20. 21. 24. 25 — 36.)

I. Subject der gesetzgebenden Gewalt in den verschiedenen Zeiten.

§. 7.

Durch die so allgemein verbreiteten Ansichten der neuern Zeit über höchste Gewalt, und die Bestandtheile derselben, so wie über deren Subject, als etwas Ungetheiltes, hat man sich vielfach schiefe Beurtheilungen der ältesten römischen Verfassung zu Schulden kommen lassen. Daß das Subject der gesetzgebenden Gewalt wenigstens einmal bei den Römern gewechselt hat, stellt der Uebergang aus der freien Republik in das Kaiserthum freilich außer Zweifel; ob aber ein solcher Wechsel mit der Vertreibung der sogenannten Könige (reges) eingetreten sey, läßt sich mit Grund bezweifeln. Wenigstens scheint zwischen der Würde eines rex und jener der Consuln kein anderer materieller Unterschied stattgefunden zu haben, als daß jene eine lebenslängliche, vielleicht auch, obgleich der Wahl unterliegende, doch erbliche gewesen ist, während das Amt der Consuln nur ein Jahr dauerte, und selbst die unmittelbare Wiedererwählung desselben Individuums ausgeschlossen war a). Ausgemacht aber ist es, daß die gesetzgebende

a) *Liv.* VII, 42. — *Cic.* de re publ, II, 32.

Gewalt (im heutigen Sinne) nicht bei dem rex oder den Consuln war, sondern beim Volk, wiewohl der Vorschlag zu einem Gesetze vom König oder dem Senat ausgieng (legem ferre, also eigentliche legislatio). Das Volk stimmte über den Vorschlag in den Comitien (Volksversammlungen) ab, und gieng hier der Antrag durch, so wurde er eine lex. Indessen enthielten diese leges zum geringsten Theil privatrechtliche Bestimmungen; vielmehr giengen sie am häufigsten auf die öffentlichen Verhältnisse, während das Privatrecht auf den Gewohnheiten der verschiedenen Volksstämme des Populus romanus beruhte.

II. Von den Volksversammlungen.

Cic. pro Domo 15. — *Varro* de L. L. IV, 15. — *Gellius* XV, 27. XIII, 12. — *Liv.* IX, 38. III, 55. — §. 4. Inst. de J. N. G. et C. (1. 2.). — l. 2. §. 8. D. de or. jur. (1. 2.).

§. 8.

Die Ausdrücke: conciones, comitia, comitium, concilia, concilium sind nichts weniger als synonym. Conciones waren Volksversammlungen zu Anhörung einer Rede, zur Werbung, zu Opfern und Spielen u. s. f. Comitia und comitiatus waren die nach vorhergehender Einladung und Ankündigung gehaltenen Versammlungen, in denen das Volk den Vorschlag über eine, seiner Entscheidung unterworfene Sache anhörte und darüber stimmte. Concilia waren theilweise Versammlungen des Volks zum nämlichen Zweck. Comitium war der Ort, an dem das Volk sich versammelte *a*). Die Volksversammlungen waren je nach den Theilnehmern daran von dreierlei Art, nach Curien, nach Tribus und nach Centurien. Die Comitia curiata —

a) Hierüber und über die Ausdrücke edicere s. indicere concilium, calare comitia, advocare concionem, vocare illicium Quirites, imperare exercitum, comitia habere s. cum populo agere, populum vel concilium dimittere, rescindere, dirimere, comitia auspiciis impedire et vitiare, vergl. Schulze von den Volksversammlungen der Römer, Gotha 1815, S. 140 — 146.

Versammlungen des herrschenden Patricierstammes — waren die ältesten, und verloren bald ihre gesetzgebende Bedeutung, wiewohl sie — hauptsächlich zu gottesdienstlichen Zwecken, welche auch bei der Uebertragung des imperium, bei Arrogationen, bei Testamenten vorwalteten, — noch bis zum Ende der Republik gehalten wurden. Die Comitia tributa *a*) — auch wohl Concilia genannt — waren die Versammlungen vorzugsweise der Plebejer nach Tribus. Ihre Beschlüsse hießen, wie die der Curien, leges, vorzugsweise aber plebiscita. Die Comitia centuriata waren die Versammlungen des ganzen römischen Volks (daher auch comitiatus maximus) nach Centurien, worin Magistrate gewählt, Gesetze gegeben und Gerichte gehalten wurden. Die Gesetze dieser Comitien hießen leges centuriatae, oder auch leges schlechtweg. — Das Verhältniß dieser dreierlei Volksversammlungen war ein sehr complicirtes. Was ihre gesetzgebende Gewalt betrifft, so standen ursprünglich die comitia centuriata sowohl, als die comitia tributa in einer Abhängigkeit von den comitiis curiatis, welche den Beschlüssen derselben erst auctoritas gaben, daher „patres *b*) auctores facti sunt legis.“ Eine lex Publilia vom Jahre 415 aber bestimmte nicht nur, daß die Plebiscite zu ihrer Gültigkeit nur ferner der Zustimmung des Senats, nicht mehr der Einwilligung der Curien bedürften, sondern auch, daß die Curien schon zum voraus in die Beschlüsse der Centuriat-Comitien einwilligen sollten. Auf diese Emancipation der letztern aus der Abhängigkeit von den Curien folgte dann durch die lex Hortensia vom Jahre 465 (a. u. c.), welche bestimmte, ut plebiscita omnes Quirites tenerent, die Anerkennung der vollen Gültigkeit der Plebiscite für alle Römer ohne irgend eine Bestätigung. Eine Mäßigung dieser Bestimmung lag nur in der Stellung, welche dasselbe Gesetz dem Senat einräumte (§. 17.).

---

a) Von den Tribunen mündlich.

b) Niebuhr, Röm. Gesch. Bd. I. S. 365 (Ausg. III), II. S. 254. f. (Ausg. II.), III. S. 168 ff.

III. Von den leges insbesondere.

Cajus I, 2. 3. *Ulpian* I, 3.

A. Art und Weise, wie leges zu Stande kamen.

(*Cic.* de leg. III, 16. *Quinctilian.* Inst. or. II, 4. §. 33. *Cic.* ad Attic. I, 14. *Gellius* X, 20; vergl. Schultze a. a. O. S. 211 f. 254 ff. 271, 272, 249—255. 228 ff.)

§. 9.

Die gesetzgebenden Versammlungen des Volks wurden allemal berufen, und zwar durch eine geeignete Magistratsperson, welche auch darin den Vorsitz führte (comitia habebat), den Vortrag hielt (populum rogabat), die Erlaubniß zum Reden gab (concionem dabat) und das Volk zum Abstimmen aufforderte (ad suffragium vocabat, in suffragium mittebat). Der Vorsitzende konnte entweder auf Veranstaltung des Senats (ex auctoritate Senatus) oder nach eignem Gutdünken (pro mero arbitrio) ein Gesetz aufbringen (legem ferre, legem ad populum ferre), welches er vorher aufschrieb (legem scribere), hierauf über drei Markttage (per trinundinum) aufstellte (proponere, promulgare legem), dann in den Comitien in Vorschlag brachte *a*) und darüber abstimmen ließ, wobei er es empfehlen, oder durch Andere empfehlen lassen, selbst auch, wenn ihm der Antrag des Senats mißfiel, mißbilligen konnte (suadere, dissuadere legem). — Die Abstimmung (suffragii latio) geschah Anfangs mündlich, bis im siebenten Jahrhundert das schriftliche Abstimmen (durch die leges tabellariae) aufkam, was für Gesetzesrogationen durch die lex Papiria vom Jahre 623 u. c. fixirt wurde. Die Mehrheit der Stimmen entschied; Gleichheit der Stimmen machte den Antrag rückgängig. Hierauf wurde der Schluß als lex im engern Sinne verkündet, welche dann in der Regel den

a) Schulze a. a. O. S. 317, 218. Wie rogare consules so viel hieß als, Candidaten zum Consulat in Vorschlag bringen, so hieß rogare legem ein Gesetz in Vorschlag bringen.

Namen des Antragstellers erhielt (lex Aquilia, lex Plaetoria etc.), wiewohl die leges wohl auch nach der Würde desselben (lex consularis — daher wahrscheinlich auch leges regiae) und häufig noch nach dem Gegenstande bezeichnet wurden — besonders wenn dieselbe Magistratsperson mehrere leges in Antrag brachte (z. B. lex Cassia et Terentia frumentaria). Nach Verkündigung der lex wurde sie beschworen, in Holz, Erz oder Metall aufgeschrieben und im Aerarium aufgestellt. Indessen war es zur Gültigkeit der lex erforderlich, daß die Comitien weder durch Intercession, noch durch obnuntiatio gestört worden waren.

B. Materie und Form der leges.

(*Brissonius* de formulis II, 18 seq.)

§. 10.

Nach ihrem Gegenstande sind die Gesetze sehr verschieden; namentlich gab es leges sacratae, welche vorschrieben, daß der Uebertreter einem Gotte geheiligt seyn solle; leges sumptuariae (Luxusgesetze); leges cibariae, welche Bestimmungen der Art und des Maßes der Speisen enthielten; leges agrariae über den Grundbesitz und seine Vertheilung; leges frumentariae, Gesetze wegen Austheilung des Getraides unter das Volk; leges tabellariae, welche das schriftliche Abstimmen anbefahlen; leges theatrales; leges foenebres, welche die Verringerung der Zinsen betrafen; leges judiciariae über das Criminalgerichtswesen; privilegia (§. 77). Die Rede in den leges war direct, die veranlassenden Umstände (die Motive) wurden niemals hervorgehoben, was besonders seinen Grund wohl darin hatte, daß der Gesetzesantrag schriftlich vorgelegt und in allem Detail abgeschlossen war, so daß nur über die Annahme oder Verwerfung dieses so gestellten Antrags gestimmt werden konnte, und die Entwicklung der Motive bei der suasio oder dissuasio rogationis vorkam. Die lex hatte drei Hauptbestandtheile: 1) den Eingang (prooemium praescriptio), in welchem der rogirende Beamte bezeichnet und zugleich bemerkt war, nicht nur, daß

der Antrag durchgegangen (z. B. Consules populum jure rogaverunt, populusque jure scivit), sondern auch, welche Tribus, ja wer überhaupt zuerst gestimmt habe (z. B. tribus Sergia principium fuit: pro tribu Sex. L. F. Varro); 2) den eigentlichen, gewöhnlich nach Capiteln abgetheilten Inhalt; 3) die sanctio legis, worin dem Uebertreter Strafe gedroht wurde. — Die ganze Fassung der leges war übrigens sehr vorsichtig *a*).

C. Allmähliches Abkommen der leges.

(*Dionys*. IV, 40.).

§. 11.

Die leges curiatae hörten schon früh auf, indem die Comitien der Curien ihre gesetzgebende Gewalt in dem nämlichen Maße verloren, als sich die Comitien der Tribus und Centurien erhoben (§. 8). Nach dem Ende der Republik hörten nach und nach auch die leges centuriatae und die Plebiscite auf, weil die Comitien selber keine wirkliche Bedeutung mehr hatten. Wie aber die Republik nicht mit einem Male feierlich aufgehoben wurde, sondern sich nur nach und nach, wiewohl nur zum Scheine noch fortbestehend, in das Kaiserthum verwandelte: so wurden selbst unter August noch viele Volksgesetze gemacht, worunter sich gerade die für das Privatrecht bedeutendsten befinden. Freilich war die Entschließung des Volks wohl meistentheils zum Voraus schon gewiß. Uebrigens werden auch aus den Zeiten der spätern Kaiser noch leges erwähnt *b*), und Cajus und Ulpian führen die leges

---

a) Beispiele von — wenigstens theilweise — erhaltenen leges siehe bei *Brissonius* l. c. c. 21—41.

b) Wenn *Tacitus* Ann. I, 15 von Tiberius Zeit sagt: Tum primum comitia ad patres translata sunt, so muß dieß schon wegen des fernern Inhaltes jenes Capitels nothwendig auf die Magistratswahlen und nicht auf die Gesetzgebung bezogen werden. Hugo R. G. S. 413. Not. 1.

als Quellen an, obgleich hieraus nicht gefolgert werden darf, daß zu ihrer Zeit noch neue leges gemacht worden seyen *a*).

IV. Einzelne merkwürdige leges.

A. Leges regiae.

(L. 2. §. 2. 3. 36. D. de or. jur. (1. 2.) *Liv.* VI, 1. *Dionys.* III, 36. *Censorinus* de die nat. cap. III. — Dirksen Versuche, Leipz. 1823. Abh. VI.)

§. 12.

Unter leges regiae versteht man entweder überhaupt alle öffentliche Einrichtungen aus der königlichen Zeit, oder insbesondere leges des Volks, welche auf den Antrag des rex zu Stande kamen. Dieser leges regiae erwähnen zwar die römischen Schriftsteller, deren Werke wir noch besitzen; aber nirgendwo sprechen sie darüber aus eigener Anschauung, sondern nach den Sagen und Nachrichten der frühern Annalisten. Auf jeden Fall mögen diese einer nicht vollkommen historischen Zeit angehörenden leges nur wenig Privatrecht enthalten haben. Auch sollen sie, wie Pomponius versichert, nach Vertreibung der Könige allmählich in Abgang gekommen seyn, was sich aber aus ihrem wahrscheinlichen Hauptinhalt erklären läßt, wiewohl ein gänzlicher Untergang schon deßhalb unmöglich ist, weil wir die Nachricht haben, es habe noch neben den zwölf Tafeln einzelne leges regiae gegeben. Um so auffallender ist der Umstand, daß noch jetzt Reste der königlichen Gesetzgebung auf einem Monumente des Alterthums erhalten seyn sollen. Allein die sogenannte tabula Marliani ist längst als eine plumpe Erdichtung erkannt, die entweder dem Herausgeber selber zur Last fällt, oder von der er sich wenigstens täuschen ließ. Eben so auffallend, und nur mehr der Beachtung werth ist die Nachricht des Pomponius, es existirte noch zu seiner Zeit eine

a) Zimmern R. G. B. 1. §. 21. Not. 39.

Sammlung der königlichen Gesetze, welche ein gewisser Sextus Papirius unter dem letzten rex veranstaltet habe, und die man jus civile Papirianum nenne. An einer andern Stelle nennt Pomponius einen Publius Papirius; Dionysius nennt ihn Cajus Papirius, und läßt ihn nach Vertreibung der Könige die Arbeit machen. Diese abweichenden Nachrichten haben große Meinungsverschiedenheit unter den Rechtshistorikern veranlaßt. Da nun auch noch eines Commentars dieser Sammlung von Granius Flaccus aus Julius Cäsars Zeit erwähnt wird, so kann man allerdings ihre Existenz nicht läugnen. Ob sie aber ein bloßes Formelnbuch für die Priester, oder eine Sammlung angeblicher leges regiae war, ob mehrere Sammlungen dieser Art bestanden haben, und ob das sogenannte jus civile Papirianum in eine weit spätere Zeit gesetzt werden müsse, darüber läßt sich bei der Unzuverlässigkeit der Autoren, wo sie über etwas der vorhistorischen Zeit Angehörendes referiren, keine Gewißheit erlangen.

B. Das Gesetz der zwölf Tafeln.

1. Entstehung desselben.

(*Dionys*, X, 3. *Livius* III, 53 seq.. l. 2. §. 3. seq. D. de or. jur. (1. 2). Niebuhr Röm. G. (Ausg. II.) Bd. II. S. 312 ff. 343 ff.

§. 13.

Die Vertreibung der reges war bei weitem mehr das Werk des Aristokratismus als einer Volksrevolution. Die Plebs, welche gerade im Königthum Schutz gegen das aristokratische System der Patricier finden mußte, konnte durch diese Vertreibung nur verlieren. Denn während der rex, schon durch seine ganze Stellung über die Differenzen zwischen Patriciern und Plebejern erhaben, in letztern ein Gegengewicht gegen die Anmaßungen des herrschenden Stammes hatte, traten seit jener Vertreibung zwei, nur auf ein Jahr, und zwar aus der Mitte der Aristokraten gewählte Consuln an seine Stelle, welche schon wegen der kurzen Dauer ihrer Macht im Interesse ihres Standes handeln mußten. Mit dem Jahr 259, in welchem der

vertriebene letzte rex gestorben war, trat die Willkühr der Patricier durch die nun verschwundene Scheu vor der Möglichkeit einer Restauration des Königthums um so kühner hervor. Aber aus der zu heftigen Bedrückung erfolgte im Jahre 261 die Einsetzung des Tribunats, welche durch Auswanderung der Plebs ertrotzt werden mußte, und damit das Streben der letztern, ihre neu errungene Selbstständigkeit durch schriftliche Feststellung der Verfassung zu schützen. So entstand denn auf den beharrlichen Antrag der Tribunen um das Jahr 300 jene große Staatsgrundgesetzgebung, welche man, weil sie auf zwölf Tafeln niedergeschrieben wurde, die *lex XII tabularum* auch wohl *duodecim* schlechtweg, oder *leges XII*, wohl auch sogar vorzugsweise *lex* oder *leges*, und endlich, von den zehn eigens dazu gewählten und mit der höchsten Gewalt versehenen Verfassern, *lex decemviralis* nannte.

2. Einfluß auf das Privatrecht.

(*Cic.* de republ. II, 57. *Livius* IV, 1—6. Niebuhr Bd. II. S. 314 ff. (Ausg. II.) Zimmern R. G. §. 30. Not. 6—23.)

§. 14.

Bei dieser Staatsgrundgesetzgebung blieb aber auch das Privatrecht nicht unberücksichtigt; und es mochte dazu mehr als Ein Grund vorhanden seyn. Nur scheint es nicht, als ob die Decemvirn hier mit Willkühr geschaltet hätten; höchst wahrscheinlich beschränkte sich ihre Thätigkeit auf die Sammlung und Niederschreibung des nun einmal geltenden Privatrechts; wie dieß auch durch die Nachricht bestätigt wird, daß königliche Gesetze in diese Legislation aufgenommen seyen (§. 12). Der Ansicht, als ob die zwölf Tafeln besonders eine Verschmelzung verschiedener Stammesrechte der Patricier und Plebejer bewirkt hätten, scheint zwar die Unzulässigkeit des Connubiums zwischen beiden Ständen, wie sie noch von den Decemvirn ausgesprochen, aber gewiß nicht erst eingeführt wurde, zu widersprechen; allein dieses Argument möchte jene Ansicht um so weniger umstoßen, als es bei weitem schwerer ist, Gleichheit

der Familienrechte zwischen zwei Ständen zu bewirken, als Gleichheit der Vermögensrechte, besonders wenn die Familienrechte so eng mit dem jus sacrum zusammenhängen; wiewohl diese Ausgleichung schon nicht mehr so schwierig seyn mußte, weil sie ja kaum acht Jahre später durch die lex Canuleja (311 u. c.) bewirkt worden ist. Ob die von allen Autoren berichtete Gesandtschaft nach Griechenland griechische Elemente in das römische Privatrecht gebracht habe, möchte schwer zu erweisen seyn; vielmehr scheint jene Gesandtschaft mehr die Vergleichung fremder Verfassungen bezweckt zu haben. Somit möchte für das Privatrecht die Hauptwirksamkeit dieser Gesetzgebung immerhin in der Hervorbringung eines einfachen Nationalrechts statt der bis dahin verschiedenen Standesrechte gelegen haben.

3. Ueberbleibsel.

(*Liv.* III, 34. *Cic.* de orat. I, 43. 44. 13. 57. *Tacitus* ann. III, 27. *Gellius* XX, 1. §. 3. Inst. de legit. agnat. success. (1. 15.)

§. 15.

Die zwölf Tafeln, welche die Römer selbst die Grundlage ihres ganzen öffentlichen und Privatrechts nennen, und für welche sie in allen Zeiten eine hohe Verehrung hegten, haben sich nicht bis auf unsere Zeit erhalten. Wir besitzen von ihrem Inhalte nur einzelne Fragmente, und zwar meistens nur solche, welche das Privatrecht betreffen; diese sind uns durch die Relationen der juristischen und nichtjuristischen Autoren des Alterthums, und die wenigsten wörtlich, erhalten. Daß die zwölf Tafeln noch im dreizehnten Jahrhundert christlicher Zeitrechnung auf dem Lateran aufgestellt gewesen seyen *a*), ist unwahrscheinlich; selbst die Behauptung, daß sie noch im achten Jahrhundert existirt hätten, verdient Mißtrauen *b*); und die Nach-

a) *Odofredus* († 1265) bei l. 6. D. de just. et jur. (1. 1.)

b) *Balduinus* libri II. in leg. Romuli et LL. XII. tabb. (Heineccii jurisprud. R. et A. T. I. pag. 67). — Vergl. Dirksen in dem gleich anzuführenden Werke, S. 1—5.

richt, daß sie in Erz gegraben noch im dritten Jahrhundert nach Christus öffentlich aufgestellt gewesen seyen, ist wenigstens zweifelhaft *c*). Die Restitution des Inhaltes beruht daher nur auf Kritik gelegentlicher Aeußerungen des Alterthums. Das Beste haben hierin Gothofredus und Dirksen geliefert *d*).

C. Die übrigen einzelnen leges.

§. 16.

Die zwölf Tafeln waren die einzige umfassende Volksgesetzgebung der Römer, und blieben die Grundlage, auf welcher alle spätere Quellen fortbauten. Eine Aufzählung der einzelnen leges findet sich in den Lehrbüchern der Rechtsgeschichte und kann hier nicht gegeben werden. Die merkwürdigsten und wichtigsten fallen an das Ende der freien Republik und in den Anfang der Kaiserzeit. Unter diesen zeichnen sich die Augustischen aus, besonders die Lex Julia et Papia Poppaea *a*), welche zwar erst im Jahr 741 in Kraft trat, aber schon viel früher vorgeschlagen war, und zunächst zwar einen polizeilichen Zweck hatte, aber für das Privatrecht sehr wichtig ist, und darum von römischen und neuern Juristen zum Gegenstand eigner Bearbeitung gemacht wurde *b*). Einen gleichen Zweck hatte die lex Julia de adulteriis *c*) (wahrscheinlich vom Jahr

---

c) *Cyprianus* († 258) de gratia Dei lib. II. cap. 4. — Hugo R. G. S. 103 f.

d) *Jac. Gothofredus* quatuor fontes juris civilis. Genev. 1653. 4. (Otto Thesaur. T. III. p. 1 seqq.) — H. E. Dirksen, Uebersicht der bisherigen Versuche zur Kritik und Herstellung des Textes der Zwölf-Tafel-Fragmente. Leipzig 1824. 8.

a) Hugo R. G. S. 753—764. Zimmern R. G. §. 33.

b) In den Digesten Justinians finden sich Fragmente aus den Schriften römischer Juristen über diese lex. Gothofredus betrachtete sie als die zweite Hauptquelle des römischen Rechts und bearbeitete sie vollständig in seinen quatuor fontes (§. 15 not. d.).

c) Hugo R. G. S. 765 ff. Zimmern R. G. §. 34.

737), welche durch ein eigenes Capitel de fundo dotali für das Privatrecht sehr wichtig ist.

Zweites Capitel.

Von den Senatusconsulten.

(Hugo R. G. S. 87 f. 329 f. 406 ff. 679. 737 ff. 950 f. 1134. Schweppe R. G. §. 51. 164—167. Zimmern R. G. §. 20—24.)

I. Die verschiedenen Perioden für die Stellung des Senats.

(*Livius* IV, 15. V, 12. *Theophil.* I, 2. §. 5.)

§. 17.

Der römische Senat, so alt als das römische Volk, mußte in verschiedenen Zeiten eine verschiedene Stellung haben. In der Periode der reges und geraume Zeit nach ihnen — so lange nämlich das Uebergewicht der Patricier über die Plebejer staatsrechtlich anerkannt war — erscheint er als ein „engerer Ausschuß der Curien, als die Versammlung der Notabeln aus der patricischen Gemeinde“ *a*). Diese Stellung veränderte sich auf jeden Fall mit der lex Publilia (415); doch ist es unzweifelhaft, daß der Senat den Plebejern schon viel früher — gewiß schon in der zweiten Hälfte des vierten Jahrhunderts — zugänglich ward, was dann selbst vielleicht die Durchsetzung jener lex bedingte. Der Senat trat nun gewissermaßen in die frühere Stellung der Curien ein, und seine Beschlüsse sollten seit der lex Hortensia (465) das Volk eben so verbinden, wie die Plebiscite den Senat. Er erscheint nun nicht bloß als die höchste Verwaltungs-, sondern auch als gesetzgebende Behörde. Diese Stellung änderte sich mit der Alleinherrschaft dahin, daß der Senat, gewissermaßen der geheime Rath des Kaisers, zuerst

---

a) Niebuhr röm. Gesch. Bd. II. S. 8. (Ausg. I.). (Vgl. Bd. I. S. 375. (Ausg. III.)

größtentheils das Organ für dessen Willkühren abgab, dann aber, indem zwar noch seine Gewalt unter Tiber formell mit dem Rechte der Magistratswahlen vermehrt worden war, welche Wahlen aber immer nach dem Willen des Kaisers eingerichtet wurden, zu einem bloßen Collegium von Courtisanen herabsank, welchem nur noch die Gewalt eines Gerichtshofes unter dem Vorsitze des praefectus urbi verblieben war.

II. Von den Senatsschlüssen insbesondere.

A. Begriff und Namen der Senatsschlüsse.

(*Festus* v. Senatus Decretum. *Polybius* VI. 13.)

§. 18.

Ein Senatsschluß war die auf vorgängige, in einer Senatssitzung geschehene Berathung der Senatoren von diesen gefaßte, durch keine Intercession bekämpfte (in diesem Falle Senatus auctoritas) Entscheidung über einen dem Senat vorgelegten Gegenstand, mochte dieser nun der Competenz des Senats ausschließlich angehören *a*) (Senatus Decretum s. str.), oder eine Rechtsnorm betreffen, welche auch auf andere Weise hätte aufgestellt werden können (Senatus Consultum s. str.). Besondere Namen erhielten die Senatusconsulte bis auf Augustus nicht; wohl aber pflegte man sie von dieser Zeit an zwar niemals wie die leges nach ihrem Inhalte zu bezeichnen, wohl aber nach dem Namen des Consuls oder des Kaisers (SC. Silanianum, Vellejanum, Claudianum, Neronianum). Ein einziges Senatusconsult — das SC. Macedonianum — wurde nach dem Individuum benannt, welches dasselbe durch eine schlechte Handlung veranlaßt hatte.

a) Eigenthümlich war dem Senat in den Zeiten des Polybius die Verwaltung des Aerariums und die höchste Entscheidung in allen Finanzsachen, das Erkenntniß über Verbrechen, welche in Italien begangen wurden, in Streitigkeiten der italischen Gemeinden, der Städte und der Privatpersonen, das Gesandtschaftswesen, Kriegserklärung, Capitulationen und Friedensschlüsse.

B. Art ihrer Abfassung.

§. 19.

Die Art, wie Senatsschlüsse gefaßt wurden, unterscheidet sich wesentlich von der Art und Weise, wie leges zu Stande kamen. Den Volksversammlungen wurden schon fertige Beschlüsse (lex) vorgelegt, an deren Fassung nichts mehr geändert werden konnte, und welche entweder anzunehmen oder abzuweisen waren. Der Senat hingegen berathschlagte zuerst, wie sein Schluß lauten sollte (sine lege). Die Leitung (Senatum habere) hatten bei ihm dieselben Personen, wie in den Centuriatcomitien; aber jeder einzelne Senator konnte einen Antrag stellen, oder wenigstens bei seiner Erklärung über den Antrag (sententia) die Proposition zu einem neuen Antrage machen (praeterea censeo — et hoc amplius censeo). Die Tribunen, welche, obgleich keine Senatoren, doch den Sitzungen anwohnen durften, konnten jeden Schluß durch ihr Veto hindern, und dann war er nur Senatus auctoritas, nicht Senatus decretum oder Senatus consultum. Nachdem ein fähiger Magistrat, oder wohl auch ein Tribun, die Relation *a*) an den Senat gemacht hatte, wurden die Senatoren um ihre sententia befragt (quid censes — quid fieri placet — quid vobis videtur?). Diese konnten sie auch ohne Motive und durch bloßen Beifall für eine schon gegebene Sentenz erklären (verbo adsentiri — pedibus ire in alterius sententiam). War die Mehrheit derselben Ansichten nicht für sich erkennbar, so wurden die Senatoren zum Theilgang aufgefordert (qui haec sentitis, in hanc partem, qui alia omnia, in aliam ite, qua sentitis). Erschien ein Theil als der größere, so wurde seine Sentenz als Inhalt des Schlusses festgehalten (haec pars major videtur). Der Schluß selber wurde feierlich aufgeschrieben *b*),

---

a) Referre ad Senatum hat eine ganz verschiedene Bedeutung von ferre ad populum.

b) Ueber die Form der Scriptur vergl. z. B. l. 2. §. 1. Dig. ad SC. Vellejan. (16. 1.)

von den Tribunen signirt, und dann, früherhin im Tempel der Ceres, späterhin im aerarium Saturni aufgestellt. Als in der Kaiserzeit der Senat in völlige Abhängigkeit von dem Willen des Kaisers kam, hatte letzterer natürlich auch den größten Einfluß auf die Senatsschlüsse, wiewohl dieß nicht so zu verstehen ist, als ob der Kaiser die Senatoren niemals nach eigener Ansicht hätte handeln lassen. War der Kaiser Consul, so konnte er ohnehin präsidiren, und zu Anträgen war er durch seine tribunicia potestas berechtigt. Je mehr sich die Kaiserherrschaft consolidirte, desto leichter war es dem Kaiser, seinen Willen in einem Senatsschluß durchzusetzen; die gewöhnlich dazu gebrauchten Mittel waren entweder eine briefliche Anforderung an die Consuln, welche diese auszuführen hatten *a*), oder eine oratio principis, die der Kaiser entweder selbst vorlas, oder vom Quästor vorlesen ließ, und welche in der Regel durch Acclamation sanctionirt wurde, weßhalb auch schon die oratio in Erz gegraben zu werden pflegte, und die Ausdrücke oratio und SCtum von den juristischen Classikern promiscue gebraucht werden.

C. Gegenstände und Wirksamkeit der Senatsschlüsse.

(*Livius* XXXIX, 3. XLI, 9. *Cajus* I, 4.)

§. 20.

Die Schlüsse des Senats als einer Administrativbehörde bezogen sich zwar ursprünglich zunächst nur auf diejenigen Gegenstände, welche seiner Administration unterworfen waren (§. 18. Not. a.), und betrafen deßhalb, wo sie Rechtsgrundsätze aussprachen, meistens das öffentliche Recht, wiewohl auch schon zur Zeit der Republik Gegenstände des Privatrechts von ihnen normirt worden waren. Es ist daher unzweifelhaft, daß die Senatusconsulte auch schon vor Tiberius, und selbst schon vor der Kaiserzeit überhaupt Erkenntnißquellen des Rechts waren.

---

a) Vergl. das Hadrianische Senatusconsult in l. 20. §. 6. D. de hered. pet. (5. 3.)

Cajus sagt aber auch ausdrücklich, sie hätten legis vicem, wiewohl er hinzufügt, dieß sey früher bestritten gewesen. Die Senatusconsulte, welche in der spätern Zeit selbst von juristischen Classikern geradezu mit lex bezeichnet werden *a*), erhielten sich in ihrer Bedeutung viel länger als alle übrige Erkenntnißquellen des Rechts aus der Zeit der Republik, selbst bis über Justinian hinaus, freilich nur als zufällige Formen für die kaiserliche Willkühr und unter Voraussetzung kaiserlicher Bestätigung, bis sie unter Leo vollkommen aufgehoben wurden. *b*)

Drittes Capitel.

Von dem jus honorarium.

(Hugo R. G. S. 330 f. 367. f. 414. ff. 680. 710. ff. 718. 794. ff. 952 f. Schweppe R. G. §. 60—72. 182—187. 190. 191. 194—198. Zimmern R. G. §. 37—41.)

I. Begriff des jus honorarium.

(L. 2. §. 10. D. de orig. jur. (1. 2.) §. 7. Inst. de I. N. G. et C. (1. 2.) Theophilus ib.)

§. 21.

Jus honorarium nannten die Römer dasjenige Recht, welches kraft der ihnen zustehenden obrigkeitlichen Gewalt die rechtsprechenden Magistrate in ihren öffentlichen Bekanntmachungen constituirten. Denn es hatte überhaupt jeder höhere Magistrat die Befugniß, öffentlich bekannt zu machen, nach welchen Regeln er sein Amt verwalten werde. Solche Bekanntmachungen heißen edicta. Die Edicte aber mußten dann von hoher Wichtigkeit für das Recht werden, wenn der edicirende Magistrat ein magistratus juri dicundo (ein rechtsprechender Magistrat) war. Zu diesen Magistraten gehörten in Rom selber vor allem die Prätoren,

---

a) *Cajus* I, 85.

b) *Nov. Leon.* 78.

die Aedilen, wohl auch die Censoren und Tribunen, für die spätere Kaiserzeit der praefectus urbi und der praefectus praetorio, in den Provinzen die Vorsteher derselben.

II. Charakter der Edicte römischer Magistrate.

(L. 7. §. 1. I. 8. D. de just. et jur. (1. 1.)

§. 22.

Der eigentliche Charakter der dem jus honorarium zum Grunde liegenden Edicte ist viel weniger der einer Gesetzgebung, wie z. B. die des Volkes war, als vielmehr jener eines Organs der Nachhülfe, der Ergänzung und selbst Verbesserung für das durch Gesetze Normirte. Als ein solches Organ der reifern und bessern Rechtsansicht, wie sie sich neben den Gesetzen im juristischen Leben des Volkes bildete, nicht aber als eine Usurpation der Magistrate *a*) müssen die Edicte betrachtet werden, wenn ihre Stellung im ganzen Rechtsorganismus der Römer verstanden werden soll, wozu noch kommt, daß die Römer, mehr als irgend ein anderes Volk, das Neue nur langsam mit großer Schonung des Bestehenden und mit vielfacher Vorsicht aufnahmen. Darum haben denn auch neuere Forschungen längst über die Rechtmäßigkeit der Edicte entschieden, und nicht minder über ihre Zweckmäßigkeit.

III. Form der Edicte.

§. 23.

Die Edicte als Quellen des jus honorarium wurden wie alle Verordnungen der römischen Magistrate, welche zur künftigen Nachachtung dienen sollten, auf hölzernen Tafeln (in albo) *b*) öffentlich aufgestellt, damit sich jedermann über ihren Inhalt

---

a) Z. B. *Heineccii* antiq. I, 2. §. 23. seq.; allein vergl. Zimmern R. G. §. 39., und besonders Hugo R. G. S. 421 ff.

b) *Heineccii* antiq. I, 2. §. 23. not. m.

belehren konnte a). Eine praescriptio wie die leges und Senatusconsulte hatten die Edicte wohl nicht, obgleich der edicirende Beamte wahrscheinlich bezeichnet zu werden pflegte, was auch schon daraus hervorgeht, daß Theile des prätorischen Edicts nach ihrem Urheber benannt wurden, z. B. edictum Carbonianum. Zuweilen bezeichnete man aber diese Theile auch nach ihrem Inhalte, z. B. edictum successorium. Die Abtheilung des Edicts war in Titel, nicht in Capitel; die Titel wurden nicht nach Zahlen, sondern nach dem Inhalte bezeichnet b). Die Form der Darstellung war nicht, wie bei den Senatsschlüssen referirend, sondern direct; eine Geschichtserzählung finden wir nicht und eben so wenig Motive, was aus dem Wesen des Edicts zu erklären ist. Der Magistrat, welcher immer in der ersten Person spricht, stellt sich nur als den Executor von Rechtsprincipien dar, deren Begründung er stillschweigend voraussetzt, ohne eine bestimmte Quelle zu nennen, was auf den Zusammenhang der Edicte mit dem Gewohnheitsrecht deutet. Wo das Edict neue Folgerungen aus Gesetzen und Senatusconsulten zieht (welches nur der Fall war, wenn die Gewohnheit dieselben schon vorbereitet hatte), da wiederholt es die Vorschrift der Gesetze oder Senatusconsulte genau c).

IV. Arten der Edicte.

(*Cic.* de fin. II, 22. in Verr. III, 14. I, 44. 45. — l. 7. pr. D. de jurisd. (2. 1.) l. 3. D. de conjung. cum emanc. lib. (37. 8.) *Theophil.* I, 2. §. 7.)

§. 24.

Die Edicte waren entweder edicta annua sive perpetua oder repentina. Was nun 1) die edicta annua s. perpetua betrifft,

---

a) A. F. P. U. D. P. R. L. P. d. h. apud forum palam unde de plano recte legi potest. *Heineccii* hist. jur. I, 66.

b) L. 1. D. de in integr. rest. (4. 1.). Die Ueberschriften von l. 1. D. de collusione detegenda (40. 16.) l. 54. D. de jure dotium (23. 3.)

c) Dirksen Versuche S. 13—15. 17—20. 24 ff.

so versteht man darunter jene, welche von den Magistraten (in der Regel) am Anfang ihrer (ein Jahr dauernden) Magistratur zur künftigen Nachachtung als Norm für alle Fälle derselben Art aufgestellt wurden (edictum schlechthin — edictum annuum *a*) oder edictum jurisdictionis perpetuae causa propositum daher auch edictum perpetuum) *b*), und welche darum allein als Erkenntniß-Quellen des Rechts betrachtet werden können. Da aber jeder Magistrat nicht gerade an den Inhalt des Edicts seiner Vorgänger gebunden war, und darum auch die inzwischen erprobten Gewohnheiten in sein Edict neu aufnehmen, andere schon früher aufgenommene aber weglassen konnte, wenn er sie nicht für zweckmäßig hielt, so bildete sich der Gegensatz von translatitium edictum und novum edictum. Unter jenem, welches auch perpetuum edictum, in einem weitern Sinne, als in dem eines annuum genannt werden mochte *c*), verstand man diejenigen Sätze, welche der Nachfolger immer wieder in sein Edict aufnahm *d*), unter novum edictum oder auch nova clausula die neu aufgenommenen Sätze. Was 2) die edicta repentina betrifft, welche auch edicta prout res incidit heißen, so waren diese lediglich in dem Amtsverwaltungskreise des Magistrats liegende Verfügungen, welche einen vorübergehenden Zweck hatten, z. B. einen processualischen, wie die edicta peremptoria und monitoria, weßhalb man sie aber keineswegs auf das Processualische einschränken zu müssen glauben darf, wie denn auch

---

a) Cicero nennt es schon annua lex, was aber wohl nicht technisch ist.

b) Dieser Ausdruck kommt schon bei Asconius in *Cic.* pro Cornelio majestat. reo vor, und sonst noch oft, wo er nicht auf Hadrian bezogen werden kann (§. 34.)

c) Zimmern R. G. §. 37. Not. 26.

d) Das Edict hatte überhaupt nicht legis vicem sondern nur auctoritas; deßwegen, und weil die Magistratur nur ein Jahr dauerte, konnte es auch nur für ein Jahr verbindlich seyn; aber sein Inhalt wurde Gewohnheitsrecht, wenn er regelmäßig wieder in das neue Edict aufgenommen zu werden pflegte.

die Vollziehung eines Senatsschlusses edicta repentina veranlassen konnte *a*).

V. Die Edicte der einzelnen Magistrate insbesondere.

A. Das prätorische Edict.

Einleitung.

(*Livius* VII, 1. VIII, 15. *Dio. Cass.* XLII, 22. *Cajus* I, 6. *Theophil.* I, 2. §. 7. *Lydus* de magistratib. I, 38. 45. — L. 2. §. 27. 28. D. de or. jur. (1. 2.)

§. 25.

Seitdem das Amt der Consuln auch den Plebejern zugänglich geworden war (387. u. c.), wurde die oberste Civil-Justizpflege einem eignen Magistratus, welcher Praetor hieß, übertragen. Obgleich sich die Patricier diese Magistratur reservirt hatten, so wurde sie doch schon bald (418. u. c.) auch den Plebejern zugänglich. Indessen war der Prätor nur unter Parteien competent, welche beide Römer waren. Der immer wachsende Verkehr mit Nichtrömern machte aber auch einen für diese unter sich und im Verhältniß zu Römern competenten Magistrat nothwendig. Daher wurde (508. u. c.) auch ein zweiter Prätor bestellt. Der erstere hieß praetor urbanus oder auch major, der letztere praetor peregrinus oder auch minor. Beide Prätoren erließen Edicte, und zwar unabhängig von einander (praetoris edictum und auch praetorium edictum).

1. Gegenstand der prätorischen Edicte.

(Hugo R. G. S. 430.)

§. 26.

Durch die Stellung der Prätoren als Civil-Justiz-Magistrate mußte ihr Edict für das Recht überhaupt, und für das Civilrecht insbesondere am wichtigsten werden. Indessen ist

---

a) Ueber die edicta ex Scto proposita vergl. Dirksen Versuche S. 22. —

immer das formelle Privatrecht der Zweck des prätorischen Edicts, wobei aber natürlich auch sehr vieles das materielle Recht betraf. Darum kann man in Beziehung auf den Gegenstand in der That die prätorischen Edicte mit den heutigen Gerichtsordnungen vergleichen, welche auch nicht immer sich auf das Formelle beschränken.

2. Verhältniß derselben zum jus civile.

§. 27.

Im Verhältniß zum jus civile sollte sich das prätorische Edict nicht als Gesetzgebung der Gesetzgebung gegenüber zeigen; sondern obgleich im praktischen Resultat das jus civile dem prätorischen Rechte weichen mußte, so sollte es dabei doch soviel wie möglich geschont werden, weßhalb auch dasselbe in dem prätorischen Rechte gewöhnlich wieder zu finden ist, und nur unter gewissen Umständen die durch Gewohnheit entstandene, im Edict bestätigte Neuerung wirksam wird. Aus eben diesem Grund erklären sich auch die Umwege des prätorischen Edicts, namentlich die fictio, d. h. die Voraussetzung, ein Umstand sey so, wenn er auch nicht so war, die exceptio, d. h. ein Vorbehalt gegen ein in der Strenge gegründetes Recht, die in integrum restitutio, d. h. die Aufhebung der nach der Strenge des Rechts eingetretenen Nachtheile aus Gründen der aequitas, die Ertheilungen des Besitzes statt des Rechtes selber, um durch den Besitz auf gesetzlichem Wege zum Rechte zu führen (z. B. die missiones in bona und die bonorum possessiones). Ueberhaupt aber war es die Tendenz des prätorischen Edicts, auf mittelbarem Wege eine Verschmelzung des strengen nationalen Rechts der Römer mit der aus dem jus gentium entnommenen aequitas durchzuführen, was um so leichter war, als durch den Verkehr mit andern Völkern diese aequitas bei den Römern immer mehr Eingang fand, weßhalb auch die vorhin genannten Umwege nicht artes im schlimmen Sinne genannt werden dürfen.

B. Die edicta Aedilium.

(*Gellius* XVII, 21. *Dionys.* VI, 90. *Livius* VI, 42. VII, 1. l. 2. §. 21. D. de or. jur. (1. 2.) *Cajus* I, 6. §. 7. Inst. de J. N. G. et C. (1. 2.) *Theophil.* ibid.)

§. 28.

Schon minder bedeutend als das prätorische, aber doch noch sehr wichtig war als Quelle des Civilrechts das Edict der Aedilen. Im Jahr 260 bewirkten die Tribunen die Entstehung dieser Magistratur, welche nicht zu den höheren gehörte, und eigentlich bloß zum Dienste der Tribunen bestimmt war. Als diese Magistrate später die öffentlichen Volksfeste nicht besorgen wollten, ließen die Patricier aus ihrer Mitte zwei Aediles curules ernennen, zu welcher Magistratur übrigens auch bald die Plebejer Zutritt erhielten. Seit dieser Zeit gab es daher plebejische und curulische Aedilen, welche als eigentliche Polizeibeamte auch zuweilen Gelegenheit hätten, in das Civilrecht einzugreifen. Indessen erließen nur *a*) die curulischen Aedilen, und zwar gemeinschaftlich, Edicte *b*), und nach diesen Edicten hatten sich die plebejischen zu richten. Besonders die Marktverkäufe von Sclaven und Lastthieren waren Veranlassung, daß jene Edicte in das Civilrecht eingreifen konnten; aber auch die Gefahr schädlicher Thiere am Wege und manches Andere greift in das Civilrecht ein. *c*)

C. Edicte der Censoren und der Tribunen.

(*Livius* IV, 8. *Cic.* de leg. III, 3. *Corn. Nepos* Cato c. 2. *Gellius* XIII, 12. *Cic.* in Verr. II, 41. l. 2. §. 34. D. de or. jur. (1. 2.)

§. 29.

Die im Jahre 311 (u. c.) ernannten (eigentlich nur wie-

---

a) Ueber den Grund ist man nicht einig.

b) Zimmern R. G. §. 37. Not. 17. — Aedilitium edictum heißt es nur in der Ueberschrift des Digestentitels. Hugo R. G. S. 437. Not. 1.

c) Hugo R. G. S. 436 f.

der hervorgerufenen) Censoren hatten in ihrem, anfangs zwar beschränkten, später aber ausserordentlich erweiterten Geschäftskreis ebenfalls Veranlassung, Edicte zu erlassen *a*). Doch wissen wir von diesen Edicten wenig, und wahrscheinlich waren sie auch für das Civilrecht eine minder wichtige Quelle. Ob das Edict selbst censoria lex genannt wurde, ist wohl zweifelhaft; eher möchten darunter die Verträge, welche die Censoren abzuschließen hatten, verstanden werden können *b*). — Tribunicische Edicte werden wenig erwähnt. Sie mögen sich auf die Fälle bezogen haben, in welchen die Tribunen zur Intercession bereit waren, und in sofern ist es wahrscheinlich, daß selbst die Prätoren sich nach dem Inhalt derselben richteten *c*).

D. Edicte der Praefecti urbi et praetorio.

(*Dig*. I, 12. De officio praefecti urbi. — *Bach* hist. jur. L. III. c. 1. S. I. §. 17. 18.)

§. 30.

Aus einem Magistrat zur Verwaltung der Sicherheitspolizei zu Rom unter August wurde der praefectus urbi bald höchster Gouverneur von Rom, welcher sogar die ganze Criminaljurisdiction in der Stadt Rom und hundert Meilen im Umkreis, und zuletzt die ganze willkührliche und streitige Gerichtsbarkeit bekam. Die praefecti praetorio, anfangs Anführer der kaiserlichen Leibwache, erhielten bald die ganze Civil- und Criminaljustizverwaltung in Italien mit Ausnahme Roms; seit Constantin letztere allein in den Provinzen. Sowohl die praefecti urbi als die praefecti praetorio erließen Edicte (formae), welche aber von den alten Edicten der Magistrate sehr abwichen, indem sie mit den heutigen gemeinen Bescheiden der höhern Gerichte verglichen werden können *d*). In einer

a) Niebuhr röm. Gesch. Bd. II. S. 448. ff. (2te Aufl.)

b) Zimmern R. G. §. 57. Not. 9.

c) *Bach*. hist. jur. l. II. c. 2. S. III. §. 2.

d) Schweppe R. G. §. 72.

Sammlung von Justinians Novellen befinden sich drei Edicte von praefectis praetorio (ἐπαρχικοι τυποι — γενικοι τυποι), nämlich die Novellen 166, 167, 168 *a*). Auch sind uns noch zwei Edicte des praefectus urbi Apronius zu Constantinopel vom Jahr 339 bekannt.

E. Die edicta provincialia.

(*Cic.* ad Attic. VI, 1. *Cajus* I, 6. — Hugo R. G. S. 395 ff.)

§. 31.

In die Provinzen wurden zur Zeit der freien Republik Statthalter (praesides) gesandt, welche die höchste Gewalt in denselben ausübten. Diese Statthalter waren entweder Exconsuln (proconsules) oder Exprätoren (propraetores), je nachdem eine militärische Macht in denselben nothwendig war oder nicht; daher auch der Unterschied zwischen provinciae proconsulares und praetoriae. Neben diesen Statthaltern besorgten quaestores in den Provinzen die nämlichen Geschäfte, welche die Aedilen in Rom hatten. Mit der Kaiserzeit wurde dieß in sofern anders, als der Kaiser die proconsularis potestas erhielt, d. h. das Recht, gewisse Provinzen als höchster Statthalter des populus romanus zu regieren. Diese Provinzen hießen kaiserliche; der Kaiser sandte in dieselben Delegate, welche in seinem Namen die höchste Gewalt übten. Die übrigen Provinzen wurden noch immer von abgegangenen Magistraten regiert, und hießen Senatsprovinzen. Bei diesen blieb daher die alte Verfassung, wie zur Zeit der freien Republik; deßhalb wurden auch in dieselben noch fortwährend quaestores gesandt, was in den kaiserlichen Provinzen nicht stattfand. Die Vorsteher der Provinzen erließen nun ebenfalls Edicte, und zwar die praesides gerade so wie in Rom die Prätoren, die Quästoren wie in Rom die Aedilen. Allein diese Edicte (edictum provinciale in dem Sinne, welchen Ci-

---

a) Hugo civ. Mag. Bd. III. Heft 2. S. 158 ff.

cero damit verbindet) bezogen sich nur auf die eigenthümlichen Verhältnisse jeder Provinz; im Uebrigen schlossen sich die Provincialobrigkeiten an das Stadtedict an. In den kaiserlichen Provinzen scheint gar nicht edicirt worden zu seyn, wenigstens wissen wir nichts von Edicten der kaiserlichen delegati, und Quästoren gab es nicht. Es wurde hier daher alles wohl nach den Verfügungen der Kaiser verwaltet, welche aber nicht in den Gränzen der Magistratsedicte sich hielten, obgleich auch wahrscheinlich die Stadtedicte für diese Provinzen geltende Normen waren.

IV. Schicksale des jus honorarium.

A. Von der lex Cornelia.

(*Asconius* in Cic. pro Cornel. maj. reo. *Cic.* in Verr. I, 44. de off. III, 17. — Hugo civ. Mag. Bd. II. S. 442. Z. 24. — *Plautus* Captiv. IV, 2. v. 43.)

§. 32.

Die Geschichte der Edicte ist sehr arm an Material. Die Gewohnheit zu ediciren scheint sehr alt zu seyn; ob aber die einzelnen Magistrate gleich bei ihrer Entstehung edicirten, ist nicht gewiß *a*). Die lex Cornelia, ein Plebiscit vom Jahre 687 (u. c.), verordnete: ut praetores ex suis edictis perpetuis jus dicerent. Dieß kann auf keinen Fall so viel heißen, als die Prätoren sollten ediciren, da sie es bisher nicht gethan hätten. Vielmehr ist gewiß, daß schon Verres, gegen welchen Cicero Reden hielt, als Prätor edicirt hatte, und auch die auf dem Bruchstück einer Metalltafel zum Theil auf uns gekommene lex für das cisalpinische Gallien aus der ersten Hälfte des siebenten Jahrhunderts erwähnt eines Edicts des praetor peregrinus. Daß aber die Prätoren schon ziemlich lange vor Cicero edicirten, geht aus dessen Schriften hervor *b*). Ebenso war dem Cicero

a) Hugo R. G. S. 418 ff.

b) Z. B. Cic. in Verr. I, 44. s. E. de invent. II, 22.

das Edict der Aedilen bekannt, von welchem auch schon Plautus spricht, der in der zweiten Hälfte des sechsten Jahrhunderts starb; und daß Cicero auch von dem Provincialedict weiß, ist (§. 31) erwähnt *c*). Die Verordnung der lex Cornelia kann daher keinen andern Zweck gehabt haben, als Mißbräuchen beim Ediciren oder beim Rechtsprechen zu begegnen. *d*). Jedenfalls wurde das prätorische Edict zur Zeit Cicero's sehr umfassend, und der eigentliche Mittelpunkt des Rechts, was sich aus der beinahe vollständigen Abschaffung der legis actiones durch die lex Aebutia und die beiden leges Juliae (judiciariae) erklärt, indem nun alle Formeln durch die Obrigkeit gegeben werden mußten, die dadurch in die meisten Theile des Privatrechts formell einzugreifen veranlaßt war.

B. Von der ersten wissenschaftlichen Bearbeitung des Edicts.

(L. 2. §. 44. D. de or. jur. (1. 2.) Hugo R. G. S. 801 f. Zimmern R. G. §. 40. a. A.)

§. 33.

Der Anfang einer wissenschaftlichen Bearbeitung des Edicts fällt in die Zeit von Cicero. Sein Freund Servius Sulpicius Rufus hatte zuerst zwei kurze Bücher darüber abgefaßt. Eine ausführliche Bearbeitung folgte durch Ofilius. Worin aber diese Bearbeitung bestanden habe, ist bei dem Mangel näherer Nachricht nicht auszumitteln. — Auch andere Juristen haben vor Hadrian wissenschaftliche Arbeiten über das Edict geliefert.

C. Schicksal des Edicts unter und nach Hadrian.

(Besonders Hugo R. G. S. 795. ff. womit vergl. Zimmern R. G. §. 40.)

§. 34.

Mit dem immer zunehmenden Ansehen der kaiserlichen Rescripte mußten natürlich die Quellen des jus honorarium

---

c) *Cic.* ad Attic. VI, 1. vergl. Zimmern R. G. §. 38.

d) Hugo R. G. S. 709 ff.

seltener fließen. So viel ist aber gewiß, daß die Edicte der Magistrate bis unter Hadrians Regierung in ihrer alten Wirksamkeit blieben. Was unter diesem Kaiser (117—138 n. Chr.) sich mit dem Edict zugetragen habe, ist unter den Rechtshistorikern sehr streitig. Die ältere, in ihrem ganzen Umfange jetzt wohl nicht mehr gangbare, Ansicht geht in der Hauptsache dahin, Hadrian, auf der einen Seite eine gänzliche Reform des geltenden Privatrechts, auf der andern die Niederschlagung der Schulcontroversen (§. 46.) bezweckend, habe sich hiezu der Form des Edicts bedient, seine Gesetzgebung deßhalb dem Prätor Salvius Julianus zur Publication übergeben, und damit zugleich das Edict für immer geschlossen (daher angeblich edictum perpetuum) *a*). Wenn nun auch der Jurist Salvius Julianus, welcher auf jeden Fall Prätor gewesen seyn muß *b*), unter Hadrian das Edict bearbeitete (edictum composuit) *c*), und zwar durch eine neue Redaction desselben, in welcher er das Veraltete ausgeschnitten *d*), Manches geändert und Manches hinzugefügt, auch das ganze zerstreute Material geordnet haben mag *e*), und wenn namentlich auch diese Arbeit nicht ohne officielle Bestätigung geblieben ist *f*), und bald nach ihr die annua edicta seltener geworden seyn mögen, so kann deßwegen doch Hadrian nicht als förmlicher

a) Z. B. *Bach* hist. jur. L. III. c. 2. S. IV. p. 463. seq.

b) *Julianus* in l. 5. D. de manumiss. vind. (40. 2.)

c) *Eutrop.* VIII, 9. *Aurel. Victor.* de Caes. c. 19, welcher letztere freilich den Kaiser Didius Julianus mit dem Juristen verwechselt.

d) Const. Dedit. §. 18.

e) L. 10. cod. de cond. indeb. (4. 5.)

f) Const. *Tanta.* (l. 2. §. 18. cod. de veteri jure enucleand. (1. 17.), wo Justinian nicht bloß das Wort compositio von Hadrian und componere von sich gebraucht, sondern auch von einem Senatsschluß spricht, welcher die compositio Hadrians bestätigt habe. Sagt doch auch Päanius in seiner Metraphrase zu Eutrop, zu seiner (also zu Justinians) Zeit gebrauche man für die Bezeichnung ἤδικτον περπετουον sonst auch διαταγμα Ἀδριανιου.

Gesetzgeber und Rechtsreformator, noch weniger können die Schulcontroversen durch jenen als niedergeschlagen *g*), das Edict mit Hadrian als vollkommen geschlossen betrachtet *h*), und der Ausdruck perpetuum edictum seitdem lediglich auf Hadrians angebliche Gesetzgebung bezogen werden; nicht einmal darf eine Verschmelzung der Stadtedicte unter sich und mit den Provincialedicten angenommen werden *i*). Wie indessen allmählich das Ediciren seltener, und wohl bald von der Rechtsbildung durch die Kaiser und die von ihnen ernannten höheren Beamten verdrängt wurde, so blieb zwar das alte Edict, vielleicht gerade in der Julianischen Bearbeitung, Erkenntnißquelle des Rechts, aber es wurde in der Praxis selten mehr unmittelbar gebraucht, sondern durch die darüber geschriebenen Werke der Juristen aus der Schule und den Gerichten verdrängt. Zu Justinians Zeit hatten selbst die Edicte der praefecti von ihrer frühern Bedeutung viel verloren, und nur darin findet sich noch ein Rest der alten Einrichtung, daß die kaiserlichen Verordnungen an diese Obrigkeiten gerichtet zu seyn pflegten, die sie dann in einer Art Edict zu publiciren hatten.

D. Ueberbleibsel.

(Hugo R. G. S. 807. ff. Schweppe R. G. §. 69. 69 *a*. Zimmern R. G. §. 41.)

§. 35.

Vom Edict selbst besitzen wir nur noch Fragmente, theils in den nichtjuristischen Schriften der Alten, theils in den juristischen Classikern, so weit sie uns unmittelbar oder mittelbar erhalten sind. Das System des Edicts möchte daraus vielleicht

---

g) Dafür Cajus an vielen Stellen.

h) *Cajus* I, 6., woraus das, auch noch nach Hadrian vorgekommene, Ediciren geschlossen werden muß.

i) *Theophilus* I, 2. §. 7. a. E. beweis't für die entgegengesetzte Ansicht nichts, desto mehr *Caj*. I, 6. für die hier angenommene, besonders aber auch die Schriften des Cajus und Anderer über einzelne Edicte. Zimmern R. G. §. 40. Not. 37—44.

nie mit entschiedener Gewißheit bestimmt werden können, wiewohl es nicht unwahrscheinlich ist, daß sich das Edict an die Ordnung der alten legis actiones, an deren Stelle die prätorischen formulae getreten waren, angeschlossen haben werde. Die wörtliche Restitution auch nur aller Fragmente des Edicts, welche wir kennen, möchte unmöglich seyn.

Viertes Capitel.

Von den kaiserlichen Constitutionen.

(Hugo R. G. S. 708. f. 720 ff. 726 ff. 740 ff. 951. f. 973. ff. 1017. ff. 1031. ff. Schweppe R. G. §. 52—59. 99—102. 168 ff.; Zimmern R. G. §. 42—52.)

I. Von der lex regia.

(L. 1. pr. D. de constit. princip. (1. 4.) — *Cajus* I, 5. — §. 6. Inst. de J. N. G. et C. (1. 2.) *Const.* Deo auctore §. 7.)

§. 36.

Daß der Uebergang aus der freien Republik in das Kaiserthum, und somit die Veränderung des Subjectes der gesetzgebenden Gewalt sich nicht mit Einemmale und ohne allmähliche Vorbereitung gemacht habe, geht zum Theil schon aus dem Bisherigen hervor, zum Theil versteht es sich so sehr von selber, daß davon gar nicht die Rede zu seyn brauchte, wenn nicht mehrere gleichartige Aeußerungen in den Quellen die meisten älteren und selbst einige neuere Bearbeiter der römischen Rechtsgeschichte zur entgegengesetzten Ansicht verleitet hätten, die gesetzgebende Gewalt des Kaisers, so wie seine höchste Gewalt überhaupt beruhe auf einer lex regia, welche die monarchische Verfassung eingeführt habe. Allein der Name lex regia ist gewiß aus einer spätern Zeit, in welcher man sich dem Volke gegenüber nicht mehr scheute, an die Aehnlichkeit der kaiserlichen Regierung mit jener der alten reges zu

3 *

erinnern, indem zu Augusts Zeit, und noch später, der Titel rex etwas Unerhörtes gewesen wäre, und die ganze Nachricht mag darauf beruhen, daß einem jeden Kaiser bis auf die Zeiten Alexander Severs eine Art Wahlcapitulation vorgelegt wurde, wie wir denn selbst jetzt noch das Fragment einer lex de imperio Vespasiani besitzen *a*).

II. Veranlassung zu den kaiserlichen Constitutionen.

§. 37.

Die kaiserliche Gewalt, ursprünglich keine neue, sondern eine Anhäufung republicanischer Magistraturen in der Person des Kaisers, mußte von selber zu einer gesetzgebenden Thätigkeit führen. Das jus edicendi, welches auch schon während der Republik mit den höhern Magistraturen verbunden war, führte den Kaiser, sobald er eine eigentliche Jurisdiction in Anspruch nahm, zu Rechtsbestimmungen, ähnlich den Edicten der Prätoren, welche Rechtsbestimmungen, besonders wenn sie Anwendungen des geltenden Rechts enthielten, vielfach unter Mitwirkung von Juristen erlassen wurden. Zwar war gerade das prätorische Amt in der kaiserlichen Würde nicht enthalten; aber schon die Möglichkeit einer appellatio an den Kaiser, noch mehr aber die allmähliche Verwandlung der appellatio in eine wirkliche provocatio, und am Ende die Reservation gewisser Entscheidungen für den Kaiser, machten eben sowohl Edicte nothwendig, als sie Rescripte, Decrete und Mandate veranlaßten.

III. Eintheilung und Fassung der Constitutionen.

(L. 1. §. 1. D. de constit. princ. (1. 4.)

§. 38.

Die sämmtlichen Verfügungen der Kaiser, wenn sie auch

a) Es ist abgedruckt in *Heineccii* Antiq. I. 2. §. 67. p. 80. 81. Vergl. *Epicris. Haubold.* und Hugo R. G. S. 720—724.

nicht gerade Rechtsbestimmungen waren (jus constituirten), wurden constitutiones genannt, obgleich dieser Name nicht ausschließlich den kaiserlichen Verordnungen zukommt *a*). Diese Constitutionen nannte man nun: 1) *edicta, edictales* oder *generales leges, perpetuae* oder *perpetuo valiturae leges* (obwohl nur der erste Name gleich von Anfang an gebräuchlich war), wenn sie die Form allgemein geltender Verordnungen hatten, welche eine Regel aufstellten. Waren sie bloß Antworten auf Berichte oder Anfragen (relationes oder propositiones), so hießen sie 2) im Allgemeinen *rescripta*, welche bald selbstständig erlassen wurden (als litterae), bald nur als subscriptiones auf dem Anfrageschreiben selber; in jenem Falle hießen sie insbesondere epistolae, wenn sie auf Bericht eines Beamten, pragmaticae sanctiones, wenn sie in ausführlicher Fassung nach reiflicher Erwägung und ob publicam causam (vorzugsweise an ein collegium) erlassen worden waren. Die Constitutionen hießen wie alle andere richterliche Entscheidungen 3) *decreta*, wenn sie Entscheidungen eines Rechtsstreites waren. Ging dieser Entscheidung eine causae cognitio voran, so nennt man sie jetzt decretum im engern Sinne; wurde aber ohne förmliche Verhandlung (de plano) entschieden, so nennt man sie interlocutio. Endlich nannte man die Constitutionen 4) *mandata*, wenn sie Instructionen an die Beamten in Regierungssachen waren *b*). — Was die Fassung betrifft, so hatte jede Constitution eine Ueber- und Unterschrift (inscriptio, subscriptio). Jene nennt den Kaiser und Diejenigen, an welche die Constitution gerichtet ist, diese Ort und Zeit. Die

a) Die Bezeichnung constitutio, constituere leidet auf sämmtliche Organe des Rechts der Römer Anwendung, auf leges, senatus consulta, kaiserliche Verordnungen und auf die edicta magistratuum, ja selbst auf die auctoritas prudentum. Vergl. Dirksen Beiträge Abh. II. Not. 41. S. 177. 178.

b) Eine Instruction in Privatangelegenheiten des Kaisers nennt Justinian wenigstens epistalma. l. 3. cod. de quadriennii praescript. (7. 37)

Unterschrift des Kaisers war gewöhnlich von dem Quästor beglaubigt. Die meisten Constitutionen enthalten Motive; die Sprache ist gewöhnlich die lateinische, der Styl bis auf Constantin ziemlich gut, von da an immer schwülstiger. Die Edicte wurden gewöhnlich an den praefectus praetorio, und von diesem an die Statthalter in den Provinzen gesandt. Auch gab es eigne Beamten, constitutionarii, welche für glaubwürdige Abschriften der Constitutionen und die unverfälschte Erhaltung derselben zu sorgen hatten. Waren mehrere Kaiser, so wurden vor der Theilung des Reichs alle genannt, wenn auch die Verordnung nur von einem ausging; seit der Theilung des Reichs wurden sie zwar auch noch in gemeinschaftlichem Namen erlassen, aber sie galten erst durch Reception und Publication in dem andern Reiche.

IV. Wirksamkeit der Constitutionen.

A. Im Allgemeinen.

§. 39.

Was die Wirksamkeit der kaiserlichen Constitutionen im Allgemeinen betrifft, so mußte diese natürlich an sich schon bedeutender seyn, als die Verordnungen aller jener republicanischen Magistrate, deren Aemter durch ihre Vereinigung in der Person des Kaisers dessen Würde ausmachten. Wenigstens hatten an sich schon diese neuen Verordnungen für die ganze Lebenszeit des Kaisers Kraft *a*), und konnten deßhalb mehr in die Rechtsentwickelung eingreifen, als die Verfügungen republicanischer Magistrate, welche mit dem jährlichen Wechsel der Personen auch leicht vom Nachfolger des Verfügenden umgestoßen werden durften.

---

a) Jedoch war noch Kaiser Claudius im Jahre 271 veranlaßt, die Behauptung, daß Rescripte über den Zeitraum eines Jahres hinaus keine Auctorität hätten, ausdrücklich zu verwerfen. l. 2. cod. de divers. rescript. (1. 23.)

III. Der einzelnen Arten.

(*Cajus* I, 5. l. 1. §. 1. D. de const. princ. (1. 4.) §. 6. Inst. de J. N. G. et C. (1. 2.) u. *Theophilus* ibid. *Cod.* I, 15. De mandatis principum. Zimmern R. G. §. 45.)

§. 40.

Daß die Edicte der Kaiser legis vicem hatten, versichern uns die Quellen der römischen Rechtsgeschichte, und dieß dürfte auch ohnehin nicht leicht Staunen erregen; aber daß auch die Rescripte und Decrete die nämliche Kraft hatten, wie dieselben Quellen versichern, möchte eher zu befremden im Stande seyn, wiewohl auch dafür die Gründe leicht aufgefunden werden können. Diese liegen bei den Rescripten in der Möglichkeit einer Analogie für andere Fälle, bei den Decreten darin, daß sie zu Präjudicien wurden, d. h. daß sie zu gleichartiger Entscheidung anderer Richter in ähnlichen Fällen führten, bei beiden in der Mitwirkung der Juristen zu ihrer Abfassung; wie denn auch die Kaiser in ihren Rescripten und Decreten sich häufig auf die Juristen beriefen, oder deren Responsa gar wörtlich wiederholten, umgekehrt aber die Juristen ihre Ansichten überall mit kaiserlichen Rescripten und Decreten zu unterstützen suchten, ja einen solchen Werth in dieselben setzten, daß sie eigne Sammlungen derselben anlegten. Daher konnte auch schon Cajus sagen, an der Gesetzeskraft der Decrete, Edicte und epistolae sey nie gezweifelt worden. Anders verhält es sich freilich mit den Mandaten. Diese hatten an sich nicht legis vicem, sondern erhielten sie erst, wenn die in ihnen enthaltene Verfügung immer wieder erneuert wurde, also wenn sie wirklich eine stehende Rechtsansicht aussprachen *a*). Ueberhaupt ist auch hinsichtlich der gesetzlichen Wirksamkeit der Constitutionen ein Unterschied nach ihrem Inhalte zu machen *b*). Sie müssen nämlich hiernach eingetheilt werden in constitutiones personales und generales, je nachdem sie ein Privilegium geben, oder einen allgemeinen

a) Als Beispiel l. 1. pr. D. de testamento militis (29. 1.)

b) Zimmern R. G. §. 42. Not. 18.

Grundsatz aussprechen sollten. In jenem Fall war ihre Wirksamkeit auf den concreten Fall — auch wenn sie Edicte waren — beschränkt, in diesem aber war, weil eine allgemeine Rechtsansicht des Kaisers, wenn auch nur — wie bei Rescripten, Decreten und Mandaten — gelegentlich ausgesprochen worden, die Constitution für alle gleiche Fälle von Wirksamkeit. — Zum Schluß ist noch ein Moment für die gesetzliche Kraft aller Constitutionen zu erwähnen, welches darin liegt, daß sie in authentische Sammlungen aufgenommen wurden (§. 42).

V. Schicksale der kaiserlichen Constitutionen.

(*App.* B. C. I, 98. II, 13. 135.)

§. 41.

Allenfalls könnte man die Constitutionen schon mit Sulla anfangen lassen *a*), indem ihnen das Volk schon im Voraus Gesetzeskraft gab. Des Pompejus Verordnungen wurden nach dem Mithridatischen Krieg, und die Verfügungen des Julius Cäsar wurden nach seinem Tode bestätigt *b*). Auf jeden Fall aber fangen die Constitutionen mit August an. Freilich enthalten sie, wie überhaupt, so besonders im Anfang sehr wenig, was als eine Neuerung, oder wenigstens als eine willkährliche Neuerung des Privatrechts angesehen werden könnte. So ist namentlich auch die Form des Edicts im Anfang die seltenere, während Rescripte und Decrete so häufig veranlaßt wurden, daß die christlichen Kaiser, mit welchen erst die Edicte gewöhnlicher wurden *c*), sich genöthigt sahen, die Relationen der Beamten zu beschränken *d*). Auch wurden schon früh Sammlungen *e*) der Rescripte und De-

---

a) Hugo R. G. S. 745.

b) In l. 1. pr. D. de test. mil. (29. 1.) wird eine Constitution Julius Cäsars erwähnt.

c) „*Leges novae*“ nennt sie Isidor in Gratians Decret c. 2. D. 7. Hugo R. G. S. 968. f.

d) So Constantin in l. 1. Cod. Theod. de relationib. (11. 29.)

e) Zu diesen gehört auch das zehnte Buch der Briefe des jüngern Plinius.

crete nothwendig; namentlich sammelte ein Ungenannter, dessen Sammlung Dositheus, ein griechischer Grammatiker im Anfang des dritten Jahrhunderts, uns erhalten hat, epistolae und sententiae Hadrians *f*), wahrscheinlich schon unter Marcus Aurelius und L. Aurelius Verus ein Jurist Papirius Justus die Rescripte dieser Kaiser und vielleicht einiger anderer *g*), Paulus kaiserliche Decrete *h*), Gregorian und Hermogenian besonders kaiserliche Rescripte. Die Sammlungen der beiden letztern heißen bereits codices, und hatten schon zur Zeit des Kaisers Theodos II. ein unbezweifeltes Ansehen. Sie sind uns nicht unmittelbar erhalten; aber in dem Breviarium Alarichs befinden sich aus dem Gregorianischen Coder dreizehn, aus dem Hermogenianischen zwei Titel, zu denen noch manche andere mittelbar erhaltene Fragmente kommen *i*). Der Gregorianische Coder, welcher zweifelsohne in Bücher eingetheilt war, und aus dem noch eine Stelle des dreizehnten Buchs in das Breviarium aufgenommen ist, gehört auf jeden Fall in die Zeit unter Diocletian, der Hermogenianische, der gewiß in Titel eingetheilt war (ob auch in Bücher, wissen wir nicht genau), gehört wahrscheinlich in das letzte Viertheil des vierten Jahrhunderts *k*).

---

f) Hugo R. G. S. 902 f. Wir besitzen diese, für das römische Recht nicht sehr wichtige griechische, und in das Lateinische übersetzte Sammlung noch. Sie ist 1572 oder 73 gedruckt, nachmals öfters edirt; namentlich von Schulting (Jurisprud. vet. ante-just. p. 855—879), zuletzt von Böcking (Bonn, 1831. 8. und im Corp. jur. rom. antejust.) (§. 53.)

g) Zimmern R. G. §. 95.

h) Zimmern R. G. §. 100 *a*. S. 375. 376. Wir besitzen nur Fragmente dieser Sammlung in den Digesten.

i) In den vaticanischen Fragmenten (§. 266. 270. 272. 285. 286. 288), in der Collatio legum rom. et mos. und in der Consultatio. Siehe unten §. 50. Zimmern R. G. §. 46. Not. 15—18.

k) Zimmern R. G. a. a. O. Not. 17. Die Consultatio führt eine Constitution aus dem Hermogenianischen Coder an, welche den Kaisern Valens und Valentinian II angehört; vergl. jedoch Zimmern a. a. O. nach Not. 28.

Vom Theodosischen Codex und den Novellen insbesondere.

§. 42.

Als eine Fortsetzung der beiden eben angeführten Codices soll und kann der Theodosische gelten, in welchem die constitutiones generales der Kaiser von Constantin bis auf Theodos II. gesammelt sind. Ein umfassenderer, bloß auf das praktische Recht gerichteter Plan des Kaisers kam nicht zur Ausführung *a*). Die von Theodos im Jahre 435 ernannte Commission von sechszehn Redactoren vollendete in drei Jahren ihre Arbeit, welche von dem Kaiser 438 für den Orient bestätigt wurde *b*). Dieselbe Bestätigung erhielt der Codex im Occident durch Valentinian III, nachdem er ihn dem Senat in Rom vorgelegt, und dessen Beifall für die Arbeit erhalten hatte *c*). Der Codex scheint sich im Ganzen an die Edicts=Ordnung anzuschließen; er besteht aus sechszehn Büchern, jedes Buch aus Titeln, in welchen die Constitutionen nach Materien in chronologischer Ordnung und zwar so aufgenommen sind, daß zuweilen einzelne Gesetze, wenn sie unter verschiedene Materienrubriken gehörten, zerstückelt, zuweilen auch zweimal in verschiedenen Titeln aufgenommen sind. Bis auf die neuere Zeit besaßen wir davon vollständig nur die letzten zehn Bücher und einen Theil des sechsten Buchs; von den ersten fünf Büchern, so wie von dem ersten Theile des sechsten hatten wir nur den Auszug, welcher sich im Breviarium Alarichs befindet. Aus diesen Materialien bestehen

---

a) Hugo R. G. S. 1029. f.

b) Die bestätigende Verordnung steht bald vor dem Codex, bald in den Novellen als die erste. Jenes ist der Fall im Berliner Jus civile antejustin. T. I. p. 279 — 281. In dieser Verordnung §. 7. wird die Thätigkeit der Redactoren gerühmt; von den im Jahre 435 ernannten sechszehn, werden aber bei diesem Lobe nur acht genannt.

c) Die Acten darüber siehe bei Clossius p. 2. (Not. e.)

denn auch die Ausgaben des Theodosischen Codex *d*). Jetzt sind aber von dem uns im Originale Fehlenden mehrere ächte Stücke theils von Hänel, theils von Clossius, theils von Peyron *e*) aufgefunden worden, und diese Entdeckungen sind auch schon zu einer neuen Ausgabe Dessen, was wir jetzt von den sechs ersten Büchern besitzen, benützt *f*). Nach der Vollendung des Theodosischen Codex erließen die Kaiser Theodos II und Valentinian III selbst, und ebenso ihre Nachfolger Martian, Majoran, Sever und Anthemius viele neue Constitutionen, welche mit Rücksicht auf die gesetzliche Sammlung novellae sc. constitutiones genannt wurden. Sie sind eigens gesammelt und den Ausgaben des Theodosischen Codex angehängt *g*).

---

d) Dütillet gab 1550 die letzten acht Bücher ächt, die ersten acht aus dem Breviarium, Cujas 1566 das siebente und achte Buch und das Ende des sechsten ächt heraus. 1665 edirte Anton Marwille den Codex nach der vortrefflichen Recension des Jac. Gothofredus zu Lyon (6 Bde. fol.), welcher Edition 1736—45 die etwas veränderte und vermehrte von Joh. Daniel Ritter (Leipz. 6 Bde. fol.) folgte. Die neueste Ausgabe hat bis jetzt das Berliner jus civ. antejust. von 1815. (§. 55.) Eine neue Ausgabe ist von Hänel im Corp. jur. rom. antej. (§. 55.) zu erwarten.

e) *Chr. G. Haubold* Praetermissorum etc. codicibus a Gustavo Haenelio novissime collatis Promulsis. I. Lips. 1822. 4.° — Theodos. codicis genuini fragm. ed. *W. Fr. Clossius*. Tub. 1824. 8°. — Codicis Theod. fragmenta ined. etc. etc. illustrav. *Amad. Peyron*. Taurin. 1823. 4°. — Eine Zusammenstellung siehe: Theod. codicis genuina fragmenta etc. etc. ed. *Ed. Puggaeus*. Bonnae 1825. 8°.

f) Cod. Theodosiani libri V. priores etc. etc. *C. Fr. Chr. Wenck*. Lips. 1825. 8°.

g) Eigens edirt sind sie von Pithou (Paris 1571) und Rittershausen (Frankf. 1615). Aus einer alten Ottobonischen Handschrift ergänzten die Sammlung Ant. Zirardini (Faventiae 1766. 8.°) und Joh. Chr. Amaduzzi (Rom. 1767. fol.) — Die vollständigste Ausgabe in sechs Büchern befindet sich bis jetzt im Berliner jus civ. antej. T. II.

Fünftes Capitel.

Von der auctoritas prudentum.

(Hugo R. G. S. 109 ff. 439 ff. 445 ff. 810 ff. 1012 ff. 1090 ff. Schweppe R. G. §. 75—97. 103. 104. 127—130. Zimmern R. G. §. 53—110.)

Einleitung.

§. 43.

So verbreitet die Kenntniß der ausgezeichneten Volksgesetze unter den Römern war, so geheim wurde von den Patriciern, welche, wie sie in früherer Zeit die höchsten Staatsämter als ihr Sondergut betrachteten, auch der Priesterstamm waren *a*), die Kenntniß des Kalenders und der Formeln gehalten *b*). Dieses Geheimniß mußte von selbst schwinden, als das untergeordnete Verhältniß der Plebejer aufhörte, und diese nicht bloß den Zutritt zu allen Aemtern, sondern sogar zum obersten Pontificat erhielten *c*). Während in früherer Zeit nur der Patricier durch das enge Verhältniß zu seinen Clienten Gelegenheit hatte, bei allen Rechtsstreitigkeiten gegenwärtig zu seyn, so ertheilten in späterer Zeit die plebejischen Vornehmen sehr gern jedem Anfragenden Belehrungen über Rechtssachen; man bedurfte nicht mehr eines Patriciers als stehenden Patrons in Rechtsangelegenheiten, ja das ganze Clientelwesen in seiner alten Bedeutung mußte nach und nach abkommen, während die Namen Patron und Client sich weit über diese Zeiten hinaus, ja bis auf unsere Tage für die Bedeutung von Rechtsfreundschaft erhalten haben. So entstand nun der Begriff eines Rechtsverständigen, eines Juris consultus, Jure consultus, Consultus (in der Mehrzahl prudentes) *d*). Es wurde eine eigne Beschäf-

---

a) Niebuhr röm. Gesch. Bd. III. S. 368. 411.

b) L. 2. §. 6. Dig. de or. jur. (1. 2.)

c) Tiberius Coruncanius war um d. J. 500 der erste plebejische pontifex maximus. *Liv.* ep. 18.

d) Hugo R. G. S. 110. 458. 459.

tigung für vornehme Römer, unentgeltlich Rath in Rechtssachen zu geben, wozu sie eigens ihr Haus öffneten, oder sich auf dem Forum an bestimmten Plätzen (stationes) aufhielten. Junge Römer sahen und hörten dabei den erfahrnen Rathgebern zu *e*), und studirten nebenher für sich die Volksgesetze und später auch das Edict; dieß war die einzige Art des Rechtsunterrichts *f*), während immer noch keine eigentlich juristische Laufbahn, und noch weniger juristische Aemter existirten. Das Geschäft des Jureconsultus, den man wohl noch nicht einen Rechtsgelehrten nennen konnte, war nach Cicero's Zeugniß respondere, scribere, cavere *g*), d. h. auf Consultationen Antwort geben, Urkunden über Rechtsgeschäfte aufsetzen, und Klag- und andere Formulare für Contracte u. s. w. abfassen. Das jus dicere dagegen stand nur der Obrigkeit, die keineswegs juristisch gebildet zu seyn brauchte, das judicare den Richtern zu, und das postulare, d. h. Reden im Gerichte halten, war von der jurisprudentia noch ganz getrennt. Somit war das Geschäft der Juristen, obgleich es im hohen Grad ehrenvoll erschien, doch nichts anderes, als was bei uns der gewöhnliche Notarius und Advocat treibt. Je mehr aber das jus gentium in die römische Rechtsverfassung eindrang *h*), desto erklärlicher ist es, daß nach und nach selbst Römer die an dem alten jus civile festhängenden Juristen zum Gegenstand ihres Spottes machten *i*). Aus dieser allmählichen Verschmelzung des jus gentium mit dem römischen Nationalrecht ist es denn auch zu erklären, wie nach und nach die Rechtskunde den Charakter einer eigentlichen Wissenschaft

---

e) *Cic.* de leg. I, 3. de orat. III, 33. Der (Not. *c*.) erwähnte Coruncanius war der erste, welcher Jedermann ohne Rücksicht auf seine patricische oder plebejische Abkunft bei seinem Rathgeben zuhören ließ. L. 2. §. 35. D. de or. jur. (1. 2.) Hugo civ. Mag. B. V. H. 2. S. 187—189.

f) *Cic.* de leg. I, 5. II, 23. Hugo R. G. S. 462.

g) *Cic.* pro Mur. c. 9.

h) Hugo R. G. S. 463. 464. Zimmern R. G. §. 13.

i) So z. B. *Cic.* pro Mur. c. 11—13. Hugo R. G. S. 446 f. 463.

(ars, opus) erhielt *k*), welche sich aber von der Anwendung des Rechts im täglichen Verkehr nach der alten Weise ablös'te, und besonders in der Kaiserzeit die Laufbahn vornehmer Römer um so mehr wurde, als mit dem Uebergang aus dem Freistaat in die Monarchie von selbst ein Sinken alles öffentlichen Lebens, und besonders der früher den juristischen Geschäften vorgezogenen Redekunst verbunden war. Während nun die niedere Praxis ein Gewerbe bezahlter Notarii, Tabularii wurde *l*), erscheint die Rechtswissenschaft und die von ihr niemals getrennte höhere Praxis als ein eignes Fach, in welchem die Vornehmen Ersatz für den Verlust ihres öffentlichen Lebens erhielten, und als eigentliche Gelehrte, als Respondenten, Schriftsteller und Lehrer auftraten, auf die Cicero wohl um so weniger gespottet haben würde, als sie das Organ einer natürlichen und wissenschaftlichen Rechtsentwickelung, ja als ihre Ansichten, wie ehemals die des ganzen Volks, eine sehr wichtige Quelle des Rechts wurden *m*).

I. Von den Responsis der Juristen.

(L. 2. §. 47. D. de or. jur. (1. 2.) *Cajus* I, 7. §. 8. Inst. de J. N. G. et C. (1. 2.) *Theophilus* ibid.)

§. 44.

Die römischen Juristen hatten auf die Entwickelung des Rechts nicht bloß jenen Einfluß, welchen überall die Wissenschaft und ihre Bekenner auf die Bildung des Rechts, namentlich dadurch üben, daß sie als Staatsmänner auf die Gesetzgebung und Jurisdiction einwirken, daß sie in Schriften das Recht bearbeiten u. s. f., sondern der Einfluß der römischen Juristen war in der That ungewöhnlich, was denn mit der ganzen Rechtsverfassung der Römer zusammenhängt. Vor allem sind es ihre Responsa, welche den Charakter von eigent-

---

k) L. 2. §. 44. D. de or. jur. (1. 2.)

l) Zimmern R. G. §. 68. Not. 24.

m) Hugo R. G. S. 439—444.

lichen Rechtserkenntnißquellen annahmen. So lange freilich der Freistaat existirte, waren die Juristen hierin nicht besonders autorisirt. Ein jeder konnte respondiren, und das Ansehen des Responsum hieng von seinem innern Werth ab. In der Kaiserzeit aber erhielten die Responsa eine Autorität, über deren eigentliche Entstehung man sehr verschiedener Meinung ist. Am wahrscheinlichsten ist es, daß zuerst August verordnete, es sollten die Responsa in seinem Namen gegeben werden, und daß hiemit von selbst die Sitte verbunden wurde, vom Kaiser sich das jus respondendi als Gnade zu erbitten. Daß Hadrian das respondere wieder frei gegeben habe, ist nicht wahrscheinlich, vielmehr scheint in der Aeußerung des Pomponius hierüber nur etwas persönlich Schmeichelhaftes, das der Kaiser mit der Concession des jus respondendi an die Bittenden verbunden hatte, zu liegen *a*). Cajus sagt aber auch ausdrücklich, Hadrian habe über die Gesetzeskraft der responsa rescribirt, und bestimmt, wenn die sententiae der Juristen gleichlautend wären, so sollten sie legis vicem haben; dissentirten sie aber, so sollte dem Richter die Wahl unter den verschiedenen Ansichten frei stehen. Dieß könnte nun allerdings auf eine eigne Juristenbehörde gehen, welche den Parteien und Richtern Belehrungen zu geben gehabt hätte *b*); wahrscheinlicher aber ist die Ansicht, welche das dissentire auf den Streit der juristischen Schulen bezieht (§. 46.), und somit glaubt, es sey alles darauf angekommen, daß der im Responsum entschiedene Punkt nicht Gegenstand einer Schulcontroverse (dissensio) gewesen sey. Daß aber Hadrian eine Constitution hierüber gemacht hat, beweis't noch gar nicht, daß sich die Sache vor ihm nicht eben so verhalten habe *c*), denn namentlich in Rescripten wurde von den Kaisern jener Zeit selten etwas ganz Neues eingeführt (§. 41.). — Wie

---

a) Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft. Bd. IV. S. 484 — 486.

b) Zimmern R. G. §. 54. S. 200.

c) *Seneca* ep. 94.

lange das Respondiren der Juristen fortgedauert habe, wissen wir nicht genau. Auf jeden Fall wurde das jus respondendi noch zu Constantins Zeit verliehen *a*); wie aber die Juristen an Wissenschaft und Kraft abnahmen, so mußten auch die Consultationen allmählich aufhören, und an die Stelle der Gutachten lebender Juristen, die Berathung in den Werken der längst verstorbenen großen Classiker treten.

II. Die römischen Juristen als Lehrer und Schriftsteller.

A. Vom Rechtsunterricht.

(*Cic.* Brut. c. 89. de amic. 1. orat. 42. de legg. I, 4. de off. II, 15. *Gellius* XIII, 13. Zimmern R. G. §. 68—70.

§. 45.

Je weiter sich die Rechtsgelehrsamkeit ausbildete, desto mehr trat auch das Bedürfniß eines theoretischen Rechtsunterrichts hervor. Ein zusammenhängender Lehrvortrag fehlte zwar noch zu Cicero's Zeit, und als er in der Kaiserzeit aufzublühen anfing, verdrängte er keineswegs die alte Art und Weise, sondern wurde mit der Routine verbunden. Aus den stationes der Rechtsverständigen giengen zunächst Privat-Lehranstalten hervor, in welchen eigentlicher Rechtsunterricht ertheilt wurde. Indessen wissen wir von dem Verhältniß der Lehrer zu den Schülern, von der Methode und überhaupt von allem Detail nichts. Auch, wann öffentliche Lehranstalten für das Recht entstanden seyen, ist höchst zweifelhaft. Nur das ist gewiß, daß bereits in der Mitte des dritten Jahrhunderts zu Berytus in Phönicien eine öffentliche Rechtsschule blühte. Ob Rom eine, als öffentliche Lehranstalt ältere, Schule gehabt habe, ist nicht ausgemacht *b*). Vielmehr scheint Rom erst zur Zeit

a) Zimmern R. G. §. 55. Not. 20.

b) Die Befreiung der Rechtslehrer in Rom von gewissen Lasten zur Zeit Modestins, wovon dieser selbst (l. 6. §. 12. D. de excusat. (27. 1.) berichtet, beweis't noch nichts für das Daseyn einer öffentlichen Schule zu jener Zeit.

der christlichen Kaiser öffentlich angestellte Lehrer des Rechts erhalten zu haben, Constantinopel erst im Anfange des fünften Jahrhunderts. Justinian autorisirte nicht nur diese drei Rechtsschulen, sondern verbot auch die Existenz anderer, namentlich zu Cäsarea und Alexandrien *b*). Der Studienplan ist uns durch Justinians Constitution an die Rechtslehrer bekannt, in welcher er denselben mit Rücksicht auf seine neue Gesetzgebung bestimmt, und dabei eine (freilich dürftige) Aufzählung der frühern Lehrmethode gibt *c*).

B. Von den Schulen der römischen Juristen.

L. 2. §. 47. D. d. or. jur. (1. 2.). — Dirksen Beiträge. S. 1—158.

§. 46.

Sobald sich die Wissenschaft des Rechts bemächtigt, kann es an Verschiedenheiten der Ansichten über juristische Gegenstände nicht fehlen, und sollte die Meinungsverschiedenheit am Ende auch nur auf einer verschiedenartigen Behandlung des positiv gegebenen Rechtsstoffes beruhen. So haben wir denn auch bestimmte Nachrichten darüber, daß schon in den Zeiten der Republik Controversen unter den römischen Juristen stattfanden *a*). Mit dem Anfange des Kaiserthums aber entstanden zunächst aus Privat-Lehranstalten zwei sich gegenüber stehende Schulen von Juristen (scholae), welche jedoch weder durch die Verschiedenheit philosophischer Principien noch durch Eigenthümlichkeiten im Lehrbegriffe hervorgerufen, mit den Secten der Philosophen durchaus nichts Aehnliches hatten *b*). Sie giengen aus von Labeo auf der einen und Capito auf der

---

b) Const. Omnem §. 7.

c) Const. omnem pr. u. §. 1—5.

a) Cicero nennt sie „controversum jus," aber er gebraucht auch schon „controversia" z. B. ad divers. VII. 22. Eine Aufzählung mehrerer solcher Controversen hat *Bach*. hist. jur. L. II. c. 2. S. IV. §. 15.

b) „Hi duo primum *veluti* diversas sectas fecerunt." L. 2. §. 47. D. de or. jur. (1. 2.)

andern Seite. Durch den politischen Gegensatz zwischen beiden Männern (Labeo war strenger Republicaner — Capito der neuen Verfassung hold) stellte sich auch ihr wissenschaftlicher mehr heraus. Dieser bestand nun wohl hauptsächlich in der Methode, den positiven Stoff zu behandeln und fortzubilden. Labeo, dessen Nachfolger sich nach seinem berühmten Schüler Proculianer oder auch Proculejaner (nicht Pegasianer) *c*) nannten, mochte das römische Nationalrecht mit mehr Freiheit behandeln, und dem Einfluß des jus gentium und der mit ihm verbundenen aequitas größeren Spielraum gestatten, ohne deßhalb gerade dem positiven Rechte zu viel zu thun; Capito dagegen, dessen Anhänger nach zwei berühmten Nachfolgern Sabinianer und Cassianer heißen, mochte sich mehr an den Buchstaben und die Analogie des nationalen Rechts und weniger an das jus gentium gehalten haben *d*). Dieser wissenschaftliche Gegensatz erhielt sich wohl eben so gut durch mündlichen Unterricht wie durch die Schriften fort, als der politische längst und vielleicht schon unter den nächsten Nachfolgern der Häupter aufgehört hatte, wiewohl auch jener wissenschaftliche Gegensatz, obgleich für die Praxis nicht unwichtig, doch wohl meist nur einen indirecten Einfluß auf dieselbe gehabt hat *e*). Daß nun nicht durch kaiserliches Einschreiten (namentlich unter Hadrian — §. 34. Not. g.) der wissenschaftliche Gegensatz aufgehoben worden ist, oder auch nur aufgehoben werden konnte,

---

c) Hugo R. G. S. 836. Not. 6. Zimmern R. G. §. 87. Not. 4.

d) „Labeo ingenii qualitate, et fiducia doctrinae . . plurima innovare instituit.“ „At eius Capito in his, quae ei tradita fuerant, perseverabat.“ L. 2. §. 47. cit. Darum die Unwahrscheinlichkeit in der Annahme einer dritten Schule (der Eklektiker, Miscellionen oder gar Herciscundi). —

e) Auf jeden Fall möchten Justinians vielfache Klagen über den durch die Meinungsverschiedenheiten schwankenden Zustand der Praxis auf eine viel spätere Zeit gehen, wo unwissenschaftlichen Praktikern die Auswahl unter verschiedenen Ansichten nicht möglich war. Dirksen a. a. O. S. 147 ff. —

ist schon früherhin den Rechtshistorikern so klar gewesen, daß jetzt die Aufklärungen durch den ächten Cajus *f*) nur als Belege für die richtige Ansicht genommen werden dürfen. Aber zur Zeit Alexander Severs waren die Schulen zuverlässig untergegangen, und gewiß nur aus dem Grunde, aus welchem alles Sectenwesen keinen langen Bestand hat, indem sich eminente Talente durch keine Schulmeinung binden lassen. Wenn daher auch noch Justinian sich veranlaßt gefunden haben sollte, die alten Schulstreitigkeiten durch Constitutionen zu entscheiden, so kann dieß in nichts Anderm seinen Grund haben, als warum dieser Kaiser auch so manchen andern längst veralteten Punkt noch besonders zu cassiren nothwendig fand *g*).

C. Von den Schriften der römischen Juristen.

1) Charakteristik derselben.

§. 47.

Die Bearbeitung des Rechts in Büchern hat bei den Römern nichts Eigenthümliches. Von rohen Anfängen in nackter Zusammenstellung des rechtlichen Materials erhob sich ihre juristische Schriftstellerei bis zu den freiesten und wissenschaftlichsten Untersuchungen. Die älteste Zeit bietet bloß Aufzeichnung von Formularen; dahin gehören das jus Papirianum (§. 12.) und die Schriften des Appius Claudius, welcher zuerst actiones geschrieben haben soll, die durch seinen Schreiber Flavius bekannt gemacht und deßhalb das jus civile Flavianum genannt worden seyen *a*); wogegen schon um die Mitte des sechsten Jahrhunderts S. Aelius (Catus) ein Werk schrieb, in welchem die zwölf Tafeln, ihre Interpretation und die legis actiones enthalten waren, und welches, dieses dreifachen Inhalts wegen triper-

---

f) Cajus bekennt sich zur Schule der Cassianer, welche er nostri praeceptores nennt. Die Proculianer nennt er diversae scholae auctores.

g) Zimmern R. G. §. 64. a. E.

a) L. 2. §. 7. 36. D. de or. jur. (1. 2.).

tita genannt, noch zu Pomponius Zeit existirte *b*). Von dieser Zeit an scheint die Thätigkeit der juristischen Schriftsteller so groß geworden zu seyn, daß wir darüber staunen müßten, wenn wir nicht an die Sitte der Römer dächten, die Ausbildung ihres Rechts mehr noch den Juristen zu überlassen als der Gesetzgebung, und an die Methode der Schriftsteller, die früheren Bücher in ihre neuen oft ganz aufzunehmen, um jene (was bei dem Mangel der Buchdruckerei nur natürlich ist) entbehrlich zu machen, wozu noch kommt, daß weder die ganzen Werke der römischen Juristen, noch ihre einzelnen Abtheilungen wohl so groß waren als heutigen Tags. Die Sprache ist in der Regel die lateinische, obgleich manche griechische Schriften, und viele lateinische mit griechischen Titeln existirten. Der Styl ist rein, und steht auch in der spätern Zeit über dieser. Das Charakteristische der schriftstellerischen Bearbeitung des Rechts lag aber bei den Römern hauptsächlich in ihrer rein praktischen Methode, daher denn auch die im Verhältniß geringen Spuren antiquarischer und historischer und insbesondere kritischer Bildung in der Literatur, daher die vielen exegetischen *c*) und casuistischen Schriften, und während sie in diesen eine hohe Klarheit, welche noch durch den Reichthum an Beispielen vermehrt wird, und einen wahrhaft bewundernswürdigen Scharfsinn *d*) durch Erschöpfung des feinsten Details zeigen, lassen sie manche Schwäche im rein Theoretischen, namentlich im Eintheilen, Definiren und der Begründung des an sich Richtigen blicken *e*). Hinsichtlich der einzelnen Arten der Schriften hat man folgende Classification gemacht: 1) Commentare über einzelne Theile des scriptum jus. 2) Commen-

---

b) L. 2. §. 38. D. eod.

c) Jedoch darf man dabei nicht an die Form der neuern Exegese denken. Auch die Commentare über die Quellen haben einen mehr dogmatischen Charakter.

d) Vergl. Hugo R. G. S. 822. Not. 5, wo ein Ausspruch von Leibnitz steht.

e) Zimmern R. G. §. 56.

tare über die Schriften älterer Juristen. 3) Anfangsgründe (elementa, institutiones), worin überall so ziemlich dasselbe System beobachtet ist. 4) *Regulae* oder *definitiones*, d. h. Zusammenstellungen abstrahirter Rechtsgrundsätze. 5) Sammlungen von casus, responsa und epistolae. 6) Ausführliche Systeme (digesta). 7) Ausführlichere oder kürzere Werke vermischten Inhalts: disputationes, quaestiones, pandectae, variae lectiones, membranae, enchiridia, manualia, differentiae, res quotidianae, casus oder casus enucleati, posteriora, ambiguitates, und endlich 8) aus der spätern Kaiserzeit Compilationen kaiserlicher Constitutionen *f*).

2) Gesetzliches Ansehen derselben.

(Cod. Theod. I, 4. De responsis prudentum.)

§. 48.

Als mit dem Sinken der Rechtswissenschaft seit Modestin eben sowohl die Gutachten lebender Juristen seltener, als die Berufungen auf die Schriften der classischen Juristen in der Praxis häufiger wurden, und zwar letztere in eben dem Grade häufiger, in welchem die alten Rechtsquellen der unmittelbaren Untersuchung und dem wahren Verständniß weniger unterlagen, da mußte auch die Autorität der Schriften in den Gerichten ungewöhnlich zunehmen. So waren es denn im Anfang des fünften Jahrhunderts besonders die kaiserlichen Constitutionen, weil sie, abgesehen auch von ihrer Uebereinstimmung mit der allgemeinen Bildung, ohnedieß eine näher liegende Autorität hatten, und die Schriften der Juristen, aus denen die Praxis schöpfte. Ist aber die Bemerkung wahr, daß ein Zeitalter, welches keine tüchtigen Schriften hervorbringen könne, auch Bücher nicht zu lesen vermöge *a*), so mußten letztere, besonders wenn wir die Masse der juristischen Literatur und dabei den Mangel der Bibliotheken und der Druckerei

f) Zimmern R. G. §. 57.

a) Niebuhr röm. Gesch. Bd. II. S. 537. (Ausg. I.)

erwägen, eben so wenig verstanden werden, als oft zu einseitiger Ausübung des Rechts Veranlassung geben. Daher ist es auch erklärlich, daß die Kaiser das Verhältniß der juristischen Schriften zur Praxis zu regeln suchten, indem sie vorschrieben, welche ältere Juristen vor dem Gerichte besonderes Ansehen haben, und welche nicht beachtet werden sollten. So hielt es schon Constantin im Jahr 321 für nothwendig, durch eine eigne Constitution das gerichtliche Ansehen der Noten des Ulpian und Paulus zu Papinians Schriften zu cassiren, während derselbe Kaiser in einer andern Constitution *b*) vom Jahr 327 zu verordnen für gut fand, daß des Paulus Sententiae eben so wie die übrigen Schriften dieses Juristen gelten sollten. Diese beiden Verfügungen wurden hundert Jahre später von Theodos II und Valentinian III wiederholt, und zwar in jener Constitution *c*), welche überhaupt das Verhältniß der juristischen Literatur zu den Gerichten feststellt und von den Neuern Citirgesetz ge-

---

b) Diese beiden Constitutionen sind erst in der neuern Zeit aufgefunden worden. Vergl. §. 42. Sie sind l. 1. u. 2. cod. Theod. de resp. prud. (1. 4.)

c) Es ist die l. 3. (bisher l. 1.) cod. Theod. eod. Zur Erklärung dieser Stelle: im Anfange „ita ut Cajum *atque* Paulum" lies besser: „*quae* Paulum"; „quorum tractatus atque sententias praedicti omnes suis operibus *miscuerunt*" heißt wohl: deren Schriften einer von den fünfen in den seinigen commentirt und zu diesem Zweck aufgenommen, und so weit er dieß gethan hat. „Codicum collatione firmentur" ist wohl nur auf die Schriften der fünf zu beziehen; denn hätte man nach dieser Constitution auch noch die codices der früheren Juristen conferiren müssen, so wäre es unbegreiflich, wie sie so sehr außer Gebrauch hätten kommen können. „Potior numerus vincat auctorum" ist wohl nicht auf die fünf zu beschränken. „(Sicut dudum statutum est) praecipimus infirmari" ist die Wiederholung der Verordnung Constantins v. J. 321. „Pauli quoque sententias semper valere *praecipimus*" muß wohl heißen *recipimus*, wie auch ein Pariser Manuscript lesen soll, so daß dieß auf die Verordnung Constantins vom Jahr 327 verweis't.

nannt wird. Es sollen nach dieser Verordnung die Schriften des Papinian, Paulus, Cajus, Ulpian und Modestin in den Gerichten Autorität haben, und außer ihnen andere nur in Bezug auf die Schriften dieser fünf. Unter den privilegirten Autoren soll im Fall einer Meinungsverschiedenheit die von der Mehrheit vorgetragene Ansicht gelten; wären aber auf jeder Seite gleich viele Vertheidiger einer abweichenden Meinung, so soll der Theil entscheiden, welcher durch die Autorität Papinians unterstützt sey, und erkläre dieser in seinen Schriften den Streitpunkt nicht, so käme es auf das Gutdünken des Richters an, welche Meinung er adoptiren wollte. Aus dieser für den Orient wie für den Occident geltend gewordenen Constitution erklärt es sich auch, warum nur noch die Schriften der fünf großen Juristen in der Folgezeit bis auf Justinian benützt worden sind.

5) Ueberbleibsel derselben und zwar:

a) Uns bekannter Verfasser.

§. 49.

Erhalten ist uns, besonders wenn wir die Ueberbleibsel der juristischen Schriften mit jenen aus der übrigen Literatur der Römer vergleichen, äußerst wenig, woran die Justinianische Gesetzgebung ihre — freilich sehr verzeihliche — Schuld tragen mag. Auch das Wenige, das wir haben, ist zum geringern Theil unmittelbar erhalten, das Meiste nur mittelbar, hauptsächlich in Justinians Digesten (§. 58.) und dem Breviarium (§. 54.), wiewohl die Methode bei diesen Compilationen auch Veranlassung war, daß manches darin Enthaltene sehr entstellt auf uns gekommen ist. Von bekannten Verfassern besitzen wir, außer den Fragmenten, welche uns Justinians Digesten und einige andere im folgenden Paragraphen anzuführende Werke aufbewahrt haben, Folgendes: 1) Ein kleines Fragment des Pomponius, wahrscheinlich aus dessen liber singularis regularum, auf welches erst in neuester Zeit wieder aufmerksam

gemacht worden ist. *a*) 2) die Institutionen des Cajus. Diese waren uns bis in die neuere Zeit nur sehr verunstaltet in dem Breviarium (§. 54.) erhalten, und in dieser Gestalt sind sie auch in den vor der Auffindung des ächten Cajus erschienenen Sammlungen des vorjustinianischen Rechts aufgenommen (§. 55.) Im Jahr 1816 entdeckte Niebuhr in Verona das ächte Institutionenwerk in einem codex rescriptus. Im Jahr 1820 wurde es zuerst von Göschen herausgegeben. Schon im Jahr 1824 erschien eine zweite revidirte Ausgabe und 1830 eine neue *b*). Indessen ist auch in den neuen Ausgaben manche durch Unleserlichkeit des Manuscripts veranlaßte Lücke. Aber über die Aechtheit dieser Institutionen *c*) und den Gewinn, den sie der Wissenschaft des römischen Rechts gebracht haben, ist kein Zweifel *d*). 3) Eine kleine Schrift des Juristen Volusius Mäcianus unter dem Titel: Assis distributio ꝛc., welche, obgleich eigentlich nichtjuristischen Inhalts, für den Juristen dennoch sehr wichtig ist *e*). 4) Ein kleines Fragment Papinians, welches

---

a) Von Cramer in Hugo civil. Mag. Bd. VI. S. 1—35. Es ist mit Ulpians tituli herausgegeben von Böcking 1831 und 1836, und im Corp. jur. rom antej. (§. 55.)

b) Bloße Abdrücke der ersten Ausgabe, also unbrauchbar, sind in der Ecloga juris civilis. Paris. 1822. und Gaji Inst. commentarii quatuor. Leipzig bei Hartmann 1825. — Die neueste Ausgabe von 1830 hat Heffter besorgt; sie ist in das Corp. jur. rom. antej. übergegangen.

c) Die Beweise für die Aechtheit, so wie die Geschichte des Fundes giebt Göschen in der Vorrede.

d) E. Schrader: Was gewinnt die römische Rechtsgeschichte durch Cajus Institutionen? in den Heidelberg. Jahrb. v. 1823. Nr. 60—64. und besonders abgedruckt. Ueber die durch Cajus veranlaßte Literatur vergl. Zimmern R. G. §. 6. Not. 23. 24.

e) Zuerst herausgegeben von Sichard mit dem Breviar (1528.); später von mehreren Andern. Die neueste Ausgabe ist von Böcking (1831), welche auch in das Corp. jur. rom. antej. übergieng. — Denselben Gegenstand wie diese Schrift hat jene des Mensor *Balbus ad Celsum de Asse*, deren neuester Herausgeber ebenfalls Böcking ist.

uns in dem Breviarium (§. 54.) erhalten ist *f*). 5) Eine Schrift von Ulpian, welche man als Fragmente *tituli ex corpore Ulpiani* nennt, die aber höchst wahrscheinlich ein Bruchstück, und vielleicht ein Auszug aus Ulpians *liber singularis regularum* ist *g*). Es existirt davon nur eine einzige ächte Handschrift in der vaticanischen Bibliothek in Rom. Die Schrift erhielt seit der ersten (ungenauen) von Tilius (Paris 1549. 8.) viele Ausgaben, worunter die Cujacische (1586.) und Schultingsche auszuzeichnen sind. Jedoch sind sämmtliche ältere Ausgaben unvollkommen. Seit 1788 sind von Hugo fünf immer verbesserte Ausgaben (die zweite 1811, die dritte im jus civile antejustinianeum, die vierte 1822, die fünfte 1834) erschienen *h*). Zwischen der vierten und fünften Hugo'schen Ausgabe kam (ex recognitione *Bluntschlii*) die Ausgabe von Böcking (Bonn 1831) heraus, welche auch in das Corpus juris rom. antejust. (§. 55.) übergieng und 1836 eine zweite Auflage erhielt *i*). Von den Commentaren sind vorzüglich der Cujacische und Schultingsche, der Meermannsche *k*) und Cannegietersche *l*). 6) Ganz neuerlich sind von Endlicher

f) Es befindet sich in den Ausgaben des Breviars.

g) Nach Heimbach, über Ulpians Fragmente, Leipz. 1834. 8. sollen dieselben eine Compilation aus mehreren juristischen Werken seyn.

h) Von der dritten Ausgabe an giebt Hugo zugleich den Abdruck des neu verglichenen Manuscripts; mit der vierten hat die Schrift noch durch abermalige Vergleichung der vaticanischen Handschrift und durch Benützung des unterdessen entdeckten Cajus gewonnen.

i) Ueber die Geschichte des Textes vergl. Haller Allgem. Lit. Zeit. 1812. Nr. 115 ff. Hugo civ. Mag. Bd. IV. Nr. 13. Zeitschr. für gesch. R. W. Bd. I. Nr. 13. Bd. IV. Nr. 3. — Vergl. auch *F. A. Schilling* Diss. crit. de Ulp. Fragm. Vratisl. 1824. 8. Derselbe Animadversion. Criticar. ad Ulpiani Fragm. Spec. I—IV. Lips. 1830. 1831. 8.

k) *Meermann*. Thesaur. T. VII. p. 739—773. Die daselbst befindlichen Noten von Peter Faber sind mittelmäßig.

l) Ausg. von Cannegieter (Traj. ad Rhenum 1768. 4. ibid. et L. B. 1774. 4.).

in Wien Fragmente aus den Institutionen Ulpians gefunden worden *m*). 7) Die *Sententiae* des Paulus, welche uns in dem Breviarium erhalten sind *n*). 8) Ein Fragment aus Modestins drittem Buche regularum Tit. de bonis libert. et de testamentis, welches Pithou aufgefunden hat *o*).

b) Uns unbekannter Verfasser.

§. 50.

Bruchstücke der Literatur römischer Juristen, deren Verfasser wir nicht kennen, sind folgende auf uns gekommen: 1) das *fragmentum de jure fisci*, wahrscheinlich von Paulus, mit den ächten Institutionen des Cajus gefunden, oder eigentlich wiedergefunden und edirt *a*). 2) Das *fragmentum regularum ex veteri Icto de juris speciebus et manumissionibus*, welches in einem grammatischen Werke des Dositheus aufbehalten, wahrscheinlich eine aus dem Lateinischen ins Griechische und aus diesem zurückübersetzte Compilation aus mehreren juristischen Schriften ist *b*). 3) Die

m) De Ulpiani Institutionum Fragmento. Epistola ad F. C. Savigny scripsit *Steph. Endlicher*. Vindob. 1835. 8. Diese Institutionen-Fragmente sind bereits von Böcking in seine neueste Ausgabe der tituli ex corpore Ulpiani von 1836 aufgenommen.

n) Sie befinden sich in den Ausgaben des Breviars und in den Gesammtausgaben des jus antejust. — Die neueste in das Corp. jur. rom. antej. übergegangene Ausgabe ist von G. Hänel (Bonn 1833. 8.)

o) Es befindet sich in den Gesammtausgaben des jus antejustin. und in Böckings neuester Ausgabe der tituli ex corpore Ulpiani.

a) Vergl. Göschens Vorrede zum Cajus p. X. seq. p. XLIII. — Neue Ausgabe von Böcking (1831 und 1836 und im Corp. jur. rom. antejust.)

b) Zum erstenmal von Pithou, sodann öfters und auch in den Gesammtausgaben des jus antejust. edirt. Die neuesten Herausgeber sind: *F. A. Schilling*. D. critica de fragmento jur. Rom. Dositheano etc. pars I. Lips. 1819. 8. und Böcking (Bonn, 1832) und im Corp. jur. rom. antejust. — In demselben Werke

sg. *Vaticana juris romani fragmenta*, d. h. eine Sammlung von Fragmenten aus Schriften römischer Juristen (besonders Papinians, Paulus und Ulpians) und Constitutionen der Kaiser vor Theodosius, welche von Angelo Mai in der vaticanischen Bibliothek in Palimpsesten aufgefunden und zuerst herausgegeben worden ist *c*). Was eigentlich die Bestimmung des Werkes war, wissen wir nicht *d*). 4) Die *Notitia dignitatum Orientis et Occidentis*, d. h. eine Art Staatskalender aus der Mitte des fünften Jahrhunderts *e*). 5) Die sg. *Collatio legum romanarum et mosaicarum*, d. h. eine, vielleicht kurz vor Justinian gemachte, in sechszehn Titeln bestehende Zusammenstellung von Gesetzen Mosis und Stellen aus römischen Juristen, so wie kaiserlichen Constitutionen *f*). 6) Die sg. *consultatio veteris Icti*

---

von Dositheus befinden sich die §. 41. Not. *f*. erwähnten Sententiae et Epistolae von Hadrian.

c) Juris civilis Antejustinianei reliquiae ineditae, ex cod. rescr. etc. cur. Angelo Majo. Rom. 1823. 8. (mit andern nicht hierher gehörenden Stücken). Andere Ausgaben sind erschienen in Paris (1823), in Berlin (1824). Die Leipziger Ausgabe von 1825 ist ein schlechter Nachdruck der Pariser. Die neueste Ausgabe ist von Bethmann-Hollweg (Bonn 1833. 8.); sie ist in das Corp. jur. rom. antej. übergegangen.

d) Zimmern R. G. §. 7. S. 32—34.

e) Die erste, unvollständige, Ausgabe ist von 1529. Die besten Ausgaben im Thesaurus von *Graevius* T. VII. Eine neue Ausgabe ist von Böcking zu erwarten. — Ueber die Notitia dignitatum utriusque imperii, eine Abhandlung zur Literaturgeschichte und Kritik von Dr. Ed. Böcking. Bonn 1834. 8.

f) Diese Zusammenstellung, welche ursprünglich den Titel hat: Lex Dei, quam Dominus dedit ad Moysen, aber auch von den Herausgebern Fragmenta Pithoei, Legis Mosaicae pariatio, Pariator legum Mosaicarum et Romanarum genannt wird, hat zuerst Pithou mit dem unter Nro. 2. genannten Fragment edirt. Sie findet sich in den Gesammtausgaben des jus antejustin. Der neueste Herausgeber ist Blume (Lex Dei sive Mosaic. et Roman. leg. collatio. 5. codd. manuscr. Vindobon. et Vercell.

(de pactis), d. h. eine Sammlung von Consultationen, aus eben so später Zeit wie die Collatio, in welcher die Beweisstellen aus römischen Juristen und aus kaiserlichen Constitutionen meist wörtlich gegeben sind *g*). Endlich besitzen wir 7) eine Verwandtschaftstafel für die Intestat-Erbfolge (stemma quemadmodum hereditates lege redeant), deren Verfasser wir nicht kennen *h*).

Sechstes Capitel.

Vom nicht geschriebenen Gewohnheitsrechte.

Einleitung.

(Zimmern R. G. §. 14. 15.)

§. 51.

Wenn wir unter dem sg. Gewohnheitsrechte überhaupt das aus dem gesammten Volksleben sich entwickelnde, aus Thatsachen ohne Gesetze zu erkennende Recht verstehen, so haben wir bisher unter den Erkenntnißquellen des römischen Rechts auch schon mehrere Organe für die Entwicklung des römischen Gewohnheitsrechts kennen gelernt. Es sind dieß die Edicte der Magistrate und die Auctoritas prudentum. Die Römer theilen aber auch ihr Recht in geschriebenes und ungeschriebenes ein (jus quod ex scripto, jus quod ex non scripto venit); und der neuere Sprachgebrauch hat zur Verwechselung des Gewohnheitsrechts und des nicht geschriebenen geführt. Allein

---

nuper repertis auct. atque emend. edit. notis indicibusque illustr. Bonn. 1833. 8.), welche Ausgabe in dem Corpus jur. rom. antejust. abgedruckt ist.

g) Zuerst von Cujacius 1577 edirt. Sie findet sich in den Gesammtausgaben des jus antejust.; und zwar zuletzt herausgegeben von Puggé im Corp. jur. rom. antej.

h) Vergl. Cujacius observ. Lib. VI. c. 40. Der neueste Herausgeber ist Böcking (1831 und 1836 und im Corp. jur. rom. antejust.)

die Römer bezogen den Gegensatz von geschriebenem und ungeschriebenem Rechte nur auf die Form, in welcher sich ein Satz als Rechtsnorm äußerte, d. h. sie verstanden unter geschriebenem Recht alle Normen, welche von Anfang an verbindende Kraft haben, weil sie durch ein bestimmtes Organ in einer bestimmten Form schriftlich niedergelegt wurden, unter ungeschriebenem Rechte aber alle Sätze, welche verbindende Kraft erhielten, ohne niedergeschrieben zu seyn. Darum kann das sg. Gewohnheitsrecht eben so gut zum geschriebenen Rechte gehören, wie z. B. das jus honorarium, und das durch die Responsa prudentum ausgesprochene Recht, als zum ungeschriebenen, wie z. B. die Präjudicien und das aus den Schriften der Juristen entstandene Recht, wie denn auf der andern Seite das ungeschriebene Gewohnheitsrecht zum geschriebenen werden kann, z. B. wenn durch die responsa der Juristen ein Präjudiz besonders ausgesprochen wird; und so sind ja eigentlich auch die Schriften gewisser Juristen, deren Inhalt, abgesehen von Unterstützung desselben durch frühere Gesetze, zum Gewohnheitsrechte gehört, durch das sg. Citirgesetz zum geschriebenen Rechte geworden. Als Erkenntnißquellen des nicht geschriebenen Gewohnheitsrechts werden uns außer den Schriften der Juristen nur genannt die res judicatae und die mores majorum. Von beiden ist noch besonders zu handeln.

I. Von den res judicatae.

§. 52.

Gleichförmige Entscheidungen und rechtskräftige Urtheilssprüche der Gerichte sind Thatsachen, aus welchen der Charakter der denselben zum Grunde liegenden Sätze als Rechtssätze erkannt werden kann, auch wenn sie durch die Organe der gesetzgebenden Gewalt nicht ausgesprochen sind. Darum erwähnen die Römer der res judicatae, oder der rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritas *a*) ganz besonders, und man nennt diese

a) L. 38. D. de leg. (1. 3.).

Erkenntnißquelle des Gewohnheitsrechts bezeichnend praejudicia. Daß aber die Bedeutung dieser Präjudicien sich gerade bei den Römern ungewöhnlich hob, hatte in der Einrichtung eines ihrer wichtigsten Tribunale, in dem Centumviral-Gerichte seinen Grund, wiewohl die Wirksamkeit der res judicatae nicht auf dieses Gericht allein zu beschränken ist. Mit diesen setzt man gewöhnlich die disputatio fori, deren Pomponius *b*) erwähnt, und woraus man ein eignes Kunstwort gemacht hat, in Verbindung, und zwar in sofern nicht mit Unrecht, als die Discussionen, durch welche die Entscheidung gewonnen wird, so genannt werden können, und, wenigstens von Pomponius, so genannt worden sind.

II. Mores majorum.

§. 53.

Wie sich nach unserem Sprachgebrauch das Herkommen durch die Gewohnheit bildet, so unterscheiden die Römer zuweilen *a*) die mores majorum und die consuetudo, während sie auch oft unter consuetudo die mores majorum begreifen *b*). Was sich nämlich im Gebrauch durch die Länge der Zeit bewährt, ohne weder durch Gesetze noch in Form eines geschriebenen Gewohnheitsrechts äußerlich autorisirt zu werden, hat die nämliche Wirksamkeit, wie wenn dieses geschehen wäre; und so gehören denn auch die res judicatae hierher, wiewohl sie mit Rücksicht auf das bestimmte Organ, durch welches sie gewonnen werden, bei den Römern auch getrennt von den mores genannt sind *c*). Insbesondere kann auch allgemeines durch Gewohnheit gebildetes Herkommen genannt werden die interpretatio der Volksgesetze durch die Juristen, welche dann als einzelne Formen für ihre

b) L. 2. §. 5. D. de or. jur. (1. 2.).

a) Z. B. l. 32. D. de leg. (1. 3.)

b) *Cic.* de inv. II, 32. 54.

c) *Cic.* top. c. 5.

Erkennbarkeit die Discussionen der Richter (die von Pomponius *d*) sogenannte disputatio fori), die responsa prudentum und Erörterungen in den Schriften der Juristen hat. Für unsern Ausdruck Gewohnheitsrecht haben übrigens die Römer keine eigne Bezeichnung, sondern sie bezeichnen es mit dem allgemeinen „jus civile"; sie sagen: „moribus receptum est, jure civili receptum est"; und wenn das Herkommen sich durch res judicatae gebildet hat: „hoc jure utimur." Hat ein Rechtssatz sich ohne alle äußere Autorität bloß durch die mores majorum gebildet, so sagen sie: „est juris regula, inter omnes constat, secundum omnium sententias" *e*).

Siebentes Capitel.

Redactionen des römischen Rechts in den germanischen Staaten in der ersten Hälfte des sechsten Jahrhunderts.

§. 54.

Als nach dem Untergang des abendländischen Reichs auf ehemaligem römischem Boden neue germanische Staaten entstanden, in welchen Römer und Germanen neben einander, aber meistens beide nach ihren Nationalrechten, lebten, fühlten die germanischen Herrscher das Bedürfniß, nicht nur die germanischen Volksrechte, sondern auch das Recht ihrer römischen Unterthanen zu redigiren. Eine solche Redaction nannte man lex romana; und als die wichtigsten haben wir hier drei zu nennen, welche beinahe gleichzeitig mit der Redaction des römischen Rechts im Orient in dem kurzen Zeitraum von dreißig

---

d) L. 2. §. 5. D. de or. jur. (1. 2.), welche Stelle freilich höchst verschieden erklärt wird.

e) Z. B. die Ungültigkeit der Schenkungen unter Ehegatten, die pupillaris substitutio. l. 1. D. de donat. int. V. et U. (24. 1.). l. 2. pr. D. de vulg. et pup. subst. (28. 6.)

Jahren in verschiedenen germanischen Reichen entstanden sind. I) Zuerst entstand eine ostgothische Redaction unter König Theoderich *a*), welcher sein Edict nach einem größern Verschmelzungsplan im Jahr 500 als für Römer und Gothen verbindend erließ. Die Materialien sind ausschließlich römisch, indem sie genommen sind aus dem Theodosischen Coder und den Novellen, aus ältern Rescripten der römischen Kaiser und aus den Sententiae des Juristen Paulus, obgleich alle diese Quellen nicht wie in einer Sammlung vereinigt, sondern zu einem großen, aus 154 Capiteln bestehenden Edict in der Art verschmolzen sind, daß der römische Ursprung schon hat verkannt werden können. Es ist uns erhalten und öfters edirt *b*). II) Bei weitem wichtiger durch die Methode bei der Abfassung, welche uns manches sonst Verlorne erhalten hat, ist die westgothische bloß für die römischen Unterthanen bestimmte Redaction des römischen Rechts unter Alarich II *c*). Diese Redaction, welche man das breviarium Alaricianum oder Aniani *d*) oder breviarium schlechtweg und früher auch wohl lex Theodosii, corpus Theodosianum, liber legum, lex romana nennt, wurde unter der Leitung des comes palatii Gojarich durch eine Commission römischer Rechtsgelehrten besorgt und ist ein Auszug aus den sechszehn Büchern des Theodosischen Coder, den spätern Novellen, den Institutionen des Cajus (aber in 2 Büchern), den Sententiae des Paulus in fünf Büchern (die uns hier allein erhalten sind), dem Grego-

---

a) v. Savigny Gesch. d. R. R. im M. A. 2te Ausg. Bd. II. S. 172—181.

b) Zuerst von Pithou 1579, sodann in den Sammlungen des germanischen Rechts, namentlich bei *Georgisch* Corp. jur. germ. Hal. 1734. pag. 2199 und am besten in *G. F. Rhon* Comm. ad edict. Theoderici. Hal. 1816. 4to.

c) v. Savigny a. a. O. S. 37—67.

d) Von Anianus, dem Referendarius des Königs, welcher jedes an die Grafen zu sendende Exemplar unterzeichnen mußte, damit es gesetzliches Ansehen erhielt.

rianischen und Hermogenianischen Codex, und enthält noch eine Stelle Papinians (aus lib. I. resp.). Eine Interpolation fand wohl nicht statt, aber die meisten Stellen sind mit einer Interpretation in schlechtem Latein versehen *e*). — III. Die bei den Burgundern für die römischen Einwohner zwischen den Jahren 517 und 534 gemachte, unter dem Titel Papiani liber responsorum oder Papiani responsum bekannte, aus 47 Titeln bestehende lex Romana *f*) ist zwar weit weniger wichtig als das Breviarium, doch ist sie viel bedeutender als Theoderichs Edict. Die Quelle derselben ist das Breviar, wiewohl nicht allein, indem auch reine Quellen des alten Rechts benützt sind, welche indessen nur schwer erkannt werden können. Der Titel beruht darauf, daß Cujas, der erste Herausgeber, eine Handschrift des Breviars fand, hinter welchem ohne alles Zeichen eines neu anfangenden Werkes die burgundische lex Romana stand. Da nun das Breviar mit einer Stelle aus Papinian, welcher abgekürzt auch oft Papianus geschrieben wurde, endete, so hielt Cujas die Ueberschrift der Papinianischen Stelle für den Titel eines juristischen Werks, und nannte in seiner Ausgabe die lex Romana: Papiani liber responsorum. Dieses Versehen hat er zwar in der späteren Ausgabe gut gemacht, aber stillschweigend, und indem er für die lex Romana den nun ganz unpassenden Titel beibehielt. *g*)

---

e) Die einzige vollständige Ausgabe für sich allein ist die von Johann Sichard (Basel 1528 fol.). Sonst noch findet sich das Breviar vollständig in den beiden Cujacischen Ausgaben des Theodosischen Codex (Lugd. 1566 u. Paris. 1586), die einzelnen Stücke, mit Ausnahme des Theodosischen Codex, in Schulting (jurispr.) — Einzelne Stellen sind von Hänel neu entdeckt und von Haubold edirt (§. 42. Not. *e*.)

f) v. Savigny a. a. O. S. 9 — 36.

g) Die besten Ausgaben sind die beiden Cujacischen (1566. 1586), in Schulting (jurispr. p. 827), von Amaduzzi (1767 fol.), und jetzt besonders von Barkow: Lex Romana Burgundionum ex Jure Romano et Germanico illustr. Gryphiswald. 1826.

Anhang.

Von den Gesammtausgaben der vorjustinianischen Quellen.

§. 55.

Vor der Auffindung der ächten Institutionen des Cajus, mit welcher für unsere Kenntniß der vorjustinianischen Quellen eine neue, fruchtbare Periode begonnen hat, existirten zwei Gesammtausgaben der Reste des alten Quellenmaterials, die Schulting'sche und die Berliner. Sie unterscheiden sich dadurch von einander, daß die erstere einen beschränkteren Zweck hatte, insofern Anton Schulting († 1734) bloß eine Sammlung der juristischen Schriften, nicht aber sämmtlicher Quellen beabsichtigte und demgemäß seinem Werk auch den Titel gab: *Jurisprudentia vetus antejustinianea* etc. (Lugd. Batav. 1717. 4.). Diese Sammlung enthält: 1) die Institutionen des Cajus, wie sie verstümmelt im Breviarium enthalten sind (§. 49. 54.); 2) die Sententiae des Paulus (§. 49.); 3) ein uns durch Boëthius aufbehaltenes Fragment aus dem zweiten Buche der Institutionen des Paulus; 4) die tituli ex corpore Ulpiani (§. 49); 5) die Fragmente aus dem Gregorianischen und 6) jene aus dem Hermogenianischen Codex (§. 41); 7) die Collatio (§. 50); 8) das Fragment aus Modestin (§. 49); 9) das durch Dositheus aufbehaltene fragmentum regularum (§. 50); 10) das Fragment Papinians (§. 49); 11) die consultatio (§. 50); 12) die burgundische lex romana unter dem Titel: Papiani liber responsorum (§. 54); 13) die durch Dositheus aufbehaltenen sententiae et epistolae Hadrians (§. 41). Der Rest des Werkes enthält zwei Reden Schultings und variae lectiones zu Cajus, Paulus, Ulpian, zu den codices, zur collatio und einen Index. Es fehlt also in demselben der Theodosische Codex und die Novellen vor Justinian, weil diese durch den Zweck des Herausgebers ausgeschlossen sind. Läßt auch die Sammlung in kritischer Beziehung Manches zu wünschen übrig, so sind doch

die Noten, besonders Schultings selbst, sehr werthvoll. Im Jahr 1737 erschien in Leipzig ein brauchbarer Nachdruck, der indessen eine zweite Ausgabe hinderte. Auch in Spanien ist die Sammlung nachgedruckt. — Die zweite Gesammtausgabe der vorjustinianischen Quellen ist von einer Anzahl Gelehrter 1815 (Berlin, in 2 Bänden. 8.) besorgt, umfassender als die Schulting'sche, indem sie, wie auch der Titel: Jus civile antejustinianeum andeutet *a*), sämmtliche damals bekannte Reste der vorjustinianischen Quellen umfaßt und gibt mit Hülfe der Manuscripte und Editionen einen sehr reinen Text. Der Inhalt ist folgender: 1) Tituli ex corpore Ulpiani, besorgt von Hugo; 3) Pauli Sententiae, besorgt von Biener; 3) Caji Institutiones, besorgt von Haubold; 4) das Fragment von Papinian; 5) das Fragment von Modestin; 6) das Dositheische Fragment de juris speciebus, besorgt von Beck; 7) die Fragmente des Gregorianischen und Hermogenianischen Coder, besorgt von Beck; 8) der Theodosische Codex und 9) die Novellen vor Justinian, besorgt von Beck; 10) die collatio, 11) die consultatio, 12) die lex romana Burgundionum, besorgt von Biener; 13) Fragmenta Juris consultorum et constitutiones imperatorum e finium regundorum auctoribus collecta, besorgt von Beck. Diese Gesammtausgabe hat übrigens nur kritische Noten. — Durch die neuen Entdeckungen alter Quellen hat sich das Bedürfniß einer auch das Neuaufgefundene enthaltenden Gesammtausgabe des vorjustinianischen Rechts herausgestellt. Wirklich ist denn auch ein sehr umfassender Plan zur Befriedigung dieses Bedürfnisses entworfen und mit dessen Ausführung bereits begonnen worden. Im Vereine mit Andern geben Böcking, Bethmann-Hollweg und Puggé in Bonn ein *Corpus Juris Romani Antejustiniani* heraus, welches in vier Abtheilungen folgenden Inhalt haben soll: I. Privatwerke: 1) Unüberarbeitet erhaltene juristische Schriften und Bruchstücke,

---

a) Die auf dem Titel von Hugo verheißene Vorrede und der Index editionum sind nicht erschienen.

nämlich *a*) Cajus (ed. *Heffter*), *b*) Ulpianus (ed. *Boecking*), *c*) Fragmenta de jure fisci, Pomponii, Modestini und Stemmata cognationum (ed. *Boecking*), *d*) Maecianus und Balbus (ed. *Boecking*); 2. Nicht unter öffentlicher Autorität umgearbeitete Schriften, nämlich *a*) Quae ex Dositheo ad jus spectant (ed. *Boecking*), *b*) Fragmenta Vaticana (ed. *Bethmann-Hollweg*), *c*) Lex Dei (ed. *Blume*), *d*) Consultatio (ed. *Puggé*), *e*) Notitia dignitatum (ed. *Boecking*). II. Unter öffentlicher Autorität veranstaltete Sammelwerke und umgearbeitete Schriften, nämlich 1) der Westgothische Cajus mit dem Papinianischen Fragment (ed. *Boecking*), 2) Pauli Sententiae (ed. *Arndts*), 3) die drei Codices mit den Novellen (ed. *Haenel*), 4) das Edict Theoderichs, 5) die lex Romana der Burgunder (ed. *Barkow*). III. Sammlungen 1) der Leges, 2) der Senatus consulta, 3) der Edicta Magistratuum, 4) der Bruchstücke aus den Schriften römischer Juristen bei nichtjuristischen Schriftstellern, 5) von Urkunden über Rechtsgeschäfte. IV. Die Notae juris des Probus, die Consularfasten und endlich Register. Erschienen ist von diesem zeitgemäßen Werke die erste Abtheilung mit Ausnahme der Notitia dignitatum, und von der zweiten Nr. 1 u. 2. (Bonnae 1835. 4.). *b*)

b) Was bis jetzt erschienen ist, mit Ausnahme der collatio und consultatio, war, wie §. 49 und 50 in den Noten bemerkt ist, schon 1830—1833 einzeln in verschiedenem Format erschienen, und ist, wie es scheint, mit demselben Schriftsatz in die Sammlung aufgenommen worden. Nur die collatio ist neu, und die consultatio zuerst in der Sammlung abgedruckt. Von Ulpian, den Fragmenten de jure fisci, des Pomponius und Modestins, und von dem stemma ist unterdessen schon eine neue Ausgabe (Bonn 1836. 8.) erschienen, welcher der Herausgeber noch ein durch Boëthius aufbewahrtes Fragment des Paulus aus dessen zweitem Buch der Institutionen, und ein durch Isidor aufbehaltenes Fragment Modestins beigefügt hat.

Zweiter Abschnitt.

Redaction des römischen Rechts durch Justinian.

I. Veranlassung zur Justinianischen Redaction des römischen Rechts.

§. 56.

Schon der Umstand, daß Justinian (527 — 565) seine Redaction des römischen Rechts ungefähr in derselben Zeit vornahm, in welcher in den auf den Trümmern des occidentalischen Reichs errichteten germanischen Staaten das römische Recht einer neuen Form bedürftig erschien, muß von der Vorstellung abhalten, als ob gesetzgeberische Willkühr die Veranlassung seiner Unternehmungen gewesen wäre. Vielmehr scheint das Bedürfniß einer Vereinfachung der juristischen Quellen allgemein gefühlt worden zu seyn. In der That mag auch der Rechtszustand unmittelbar vor Justinian ziemlich schwankend gewesen seyn. In der Theorie galten noch immer die alten Erkenntnißquellen des Rechts, auf der einen Seite die Volksgesetze, die Senatsschlüsse und das Edict, auf der andern die Constitutionen der Kaiser; allein nur die letztern hatten für die Praxis ein unmittelbares Ansehen und waren überdieß noch in drei Sammlungen zerstreut, die erstern aber konnten nur mehr durch die Vermittelung der juristischen Schriften, welche seit Constantin und Valentinian III noch besonders autorisirt waren, zur Anwendung kommen. Eine Zusammenfassung dieser zerstreuten Quellen erschien als dringendes Bedürfniß, und somit war Justinians Unternehmen, die in den Codices zerstreuten und außer ihnen vagirenden Constitutionen (die im Sprachgebrauche sg. leges) und die das ältere Recht enthaltenden Juristenschriften (die im Sprachgebrauche sg. jura) in zwei authentische jedem Richter zugängliche Sammlungen zusammenzustellen, ein zeitgemäßes.

II. Erster Codex.

(Auf den ersten Codex beziehen sich folgende zwei Constitutionen Justinians: I. *De novo Codice faciendo:* Haec quae necessario etc. II. *De Justinianeo Codice confirmando:* Summa reipublicae etc. (beide vor dem Codex).

§. 57.

Bald nach dem Antritt seiner Regierung, schon im Jahr 528 ernannte Justinian eine Commission von zehn rechtsverständigen Männern unter dem Vorsitze des Exquaestor sacri palatii Johannes zu dem Zweck, aus dem Material der drei ältern Codices und den nach dem Theodosischen erlassenen Novellen eine authentische, nur das praktische Bedürfniß berücksichtigende neue Constitutionensammlung zu verfertigen. Nach der Absicht des Kaisers sollte dieser neue Codex den Gebrauch der frühern so wie der einzelnen Novellen überflüssig machen; ja als die Arbeit, schon nach vierzehn Monaten fertig geworden, als Gesetzbuch publicirt wurde, enthielt die Publications-Constitution sogar das Verbot, jene älteren Quellen zu gebrauchen, indem die neue Sammlung alles Nothwendige in sich fasse. Eben deßhalb waren auch die Vollmachten für die Commission sehr ausgedehnt; in den aufgenommenen Constitutionen sollte alles Veraltete, alle Wiederholung, alles Widersprechende und alles Ueberflüssige ausgeschnitten, das zu Ausgedehnte zusammengezogen, zweckmäßige Veränderungen gemacht und das ganze Material unter kurze Titel gebracht werden, in welchen die Ordnung der Constitutionen, die daher auch, wenn ihr Inhalt unter mehrere Titel paßte, zerrissen werden durften, eine streng chronologische seyn sollte, und die in den Codex aufgenommenen Constitutionen sollten schon deßhalb, wenn sie auch ursprünglich bloß personales (§. 40) gewesen seyen, allgemeine Gesetzeskraft haben. Dieses neue Gesetzbuch, welches der Kaiser selbst Justinianeus Codex nennt, hat sich nicht bis auf uns erhalten, weil später eine neue Redaction nothwendig befunden wurde; deßhalb nennt man es jetzt codex vetus.

III. Die Digesten.

§. 58.

Nachdem auf die beschriebene Weise durch den Justinianischen Codex das Constitutionenrecht vereinfacht war, gab der Kaiser im December des Jahres 530 dem schon unter der Zahl der Redactoren des Codex gewesenen, nunmehrigen Quaestor sacri palatii, Tribonian, als Präsidenten einer von ihm zu erwählenden Commission von (sechszehn) Rechtsgelehrten den Auftrag *a*), auch einen juris enucleati codex, d. h. eine Rechtssammlung zu verfertigen, in welcher aus den Schriften der älteren und bedeutenderen, also auch anderer als der im sg. Citirgesetze genannten Juristen, das Brauchbare ausgewählt werden sollte, wobei jedoch freie Hand gegeben war, das Veraltete und Ueberflüssige hinwegzulassen, Widersprüche zu verbannen, und selbst allenfalls die ursprüngliche Fassung zu ändern *b*) (zu interpoliren), so daß in dem neuen Werk ein reines, praktisches, und keinem Streit unterworfenes jus antiquum enthalten seyn sollte, welches Justinian vor dem Streite der Meinungen für die Zukunft noch dadurch verwahren zu können meinte, daß er im Voraus Commentare darüber zu schreiben verbot, und nur Bearbeitung durch Paratiteln und Uebersetzung in das Griechische gestattete, auch sogar beim Abschreiben den Gebrauch der Siglen untersagte. Derselbe Auftrag befahl die Eintheilung in funfzig Bücher und dieser in Titel, und bestimmte den Zeitraum von zehn Jahren, in welchem das „verzweifelte Werk" vollendet seyn sollte. Allein die Redactionscommission übertraf des Kaisers Erwartung, indem schon nach drei Jahren die Arbeit vollendet war, und zwar so, daß die Schriften von 39 Juristen und zwar

a) *De conceptione Digestorum ad Tribonianum:* Deo auctore vor den Digesten, oder l. 1. cod. de veteri jure enucleando (1. 17.).

b) Dergleichen Aenderungen und Zusätze pflegt man jetzt emblemata Triboniani zu nennen.

(wie Justinian selber rühmt) eine fast die Zahl von zweitausend erreichende Masse von Büchern (ja durch Reduction von über drei Millionen Zeilen in einmalhundert funfzigtausend) excerpirt waren. Jedes Excerpt, welches in der Regel in kleinere Paragraphen mit einem principium zerlegt ist, erhielt als Ueberschrift den Namen des excerpirten Juristen *c*), wiewohl auch Juristen angeführt sind, aus deren Schriften nicht unmittelbar geschöpft ist *d*). Auch hatte die Eile den üblen Erfolg, daß manche Fehler sich einschlichen und namentlich manche Stelle nicht an den rechten Ort kam (leges fugitivae s. erraticae), wiewohl der Kaiser selber befahl, Widersprüche dürften in dem fertigen Werke nicht gefunden, und wo ein Zweifel statt finde, müßte die Bedenklichkeit ihm vorgelegt werden. Die funfzig Bücher, denen ein Verzeichniß der excerpirten Juristen vorangeschickt werden sollte *e*), wurden mit Rücksicht auf den Unterricht in sieben partes getheilt (I. lib. 1—4, II. lib. 5—11, III. lib. 12—19, IV. lib. 20—27, V. lib. 28—36, VI. lib. 37—44, VII. lib. 45—50), unter dem Titel *Digesta f*) sive *Pandectae g*) *juris enucleati ex omni vetere jure* am 16. December 533 publicirt mit der Bestimmung, daß ihre

---

c) Legis auctor nennt ihn Justinian; daher auch die Bezeichnung lex für das Fragment, wie denn auch verordnet ist, daß die ganzen Digesten für eine große Constitution zu halten seyen.

d) Zimmern R. G. §. 60. S. 224.

e) Nur die *Florentina* (§. 70.) hat einen solchen, griechisch verfaßten index, welcher aber nur insofern ächt seyn kann, als man annimmt, daß er noch vor den Digesten verfertigt und später unverbessert aufgenommen worden sey.

f) Von *digerere* „zertheilen," nämlich in partes. Den Titel digesta führen viele juristische Werke (§. 47), so das uns als ältestes der Art bekannte von Alfenus. Hugo R. G. S. 846. Not. 4. Civ. Mag. VI. S. 148 ff.

g) *Πανδέκται* — tanquam omne rerum atque doctrinarum genus continentes. *Gellius* XIII, 9. Diesen Titel führten zwar auch schon einige ältere juristische Schriften, wiewohl ihn zuerst Nichtjuristen gebraucht hatten.

gesetzliche Autorität mit dem 30sten desselben Monats anfangen sollte *h*). Das System der Compilation im Ganzen sollte sich nach Justinians Willen dem Edict und dem Codex anschließen *i*); über die Ordnung der Fragmente in den einzelnen Titeln aber sind wir erst in der neuesten Zeit dahin belehrt, daß sie in der Regel eine zufällige, von dem einmal angenommenen Geschäftsgange bei der Arbeit herrührende ist *k*). Während übrigens alle übrige Bücher in Titel eingetheilt sind, bilden das 30., 31. und 32. nur einen einzigen großen Titel. Die Sprache ist mit wenigen Ausnahmen natürlich die lateinische, und das Werk ist uns vollständig erhalten.

IV. Die Institutionen.

§. 59.

Schon in der Constitution, worin Justinian die Abfassung der Digesten befiehlt, finden wir davon eine Spur *a*), daß der Kaiser für die Erleichterung des ersten Unterrichts im Rechte ein kurzes Lehrbuch unter dem Namen: Institutiones ausarbeiten zu lassen im Sinne hatte. Und noch ehe die Digesten vollkommen zu Ende gebracht waren, beauftragte er Tribonian in Verbindung mit Theophilus und Dorotheus bloß mündlich mit der Abfassung solcher Elementa *b*). Diese Institutionen, welche

---

h) In zwei Constitutionen ziemlich gleichen Inhalts, wovon die eine lateinisch, die andere griechisch ist. Jene ist: *De confirmatione Digestorum ad Senatum et omnes populos:* Tanta (vor den Digesten und in l. 2. cod. de veteri jure enucleand. (1. 17.); diese die const. *δέδωκεν* s. *Dedit* (in l. 3. cod. eod.).

i) „Tam secundum nostri Codicis Constitutionem, quam Edicti perpetui imitationem" Const. *Deo auctore*. §. 5.

k) Bluhme über die Ordnung der Fragmente in den Pandekten-Titeln (Zeitschrift f. g. R. W. Bd. IV. S. 257 ff.). Hugo R. G. S. 1066 ff. Zimmern R. G. §. 60. S. 224.

a) Const. *Deo auctore* §. 11.

b) Die an die Studierenden gerichtete Einleitung der Institutionen in dem Prooemium de confirmatione Institutionum: „Impera-

in vier Bücher und diese wieder in Titel eingetheilt sind, wovon die meisten in mehrere Paragraphen mit einem Principium zerfallen, haben zur Grundlage die älteren Institutionenwerke, besonders das des Cajus (§. 49), sind überall mit geschichtlichen Einleitungen, aber zu praktischen Zwecken versehen, und nehmen deßhalb auch Rücksicht auf die späteren Constitutionen. Sie sollten ferner eben so wie die Digesten eine große kaiserliche Constitution bilden und giengen mit diesen an demselben Tage in Gesetzeskraft über. Auch dieses Werk ist uns vollständig erhalten.

V. Die funfzig Decisionen und der neue Codex.

§. 60.

Bald nach der Vollendung des ersten Codex und zum größten Theil noch vor *a*) Ertheilung des Auftrags zu Abfassung der Digesten hatte Justinian eine bis zur Zahl von funfzig steigende Masse von Constitutionen zu erlassen Gelegenheit gehabt, in welchen die Meinungsverschiedenheiten älterer Juristen *b*) ausgeglichen werden sollten, welche vielleicht schon einzeln, auf jeden Fall aber in ihrer Gesammtheit, als den Codex integrirende Sammlung publicirt worden waren *c*). Diese neueren Decisionen, so wie manche andere zerstreut existirende Constitutionen, auf welche auch schon in den Institutionen Rücksicht genommen war, sollten zur Erleichterung gehörigen Orts in den Codex eingeschaltet werden. Tribonian erhielt daher den neuen — vielleicht

---

toriam Majestatem" giebt hierüber, wie über das Folgende Aufschluß. Vergl. auch Const. *Tanta* §. 11.

a) Nach der richtigen Zählung wohl 36. Zimmern R. G. §. 49. Not. 9.

b) Man bezieht gewöhnlich die Decisionen auf den alten Schulenstreit (§. 46); allein mit Unrecht alle.

c) Die Turiner Glosse citirt bestimmt einen Liber L. Constitutionum (v. Savigny G. des R. R. im M. A. Bd. III. S. 666 u. 694 Nro. 241), und geht geradezu auf eine Decision, und Justinian citirt gewöhnlich die Decisionen in der mehrfachen Zahl.

mündlichen — Auftrag, in Verbindung mit Dorotheus, Menna, Constantin und Johannes eine secunda editio oder repetita praelectio des codex (einen codex renovatus) zu bearbeiten, welcher auch schon im Nov. des Jahres 534 dergestalt ausgeführt war, daß der in zwölf Bücher und diese in Titel abgetheilte Codex am 16. desselben Monats von Justinian als eine neue kaiserliche Constitution publicirt wurde, wobei der Kaiser zugleich den Gebrauch der prima editio, so wie der übrigen zerstreuten Constitutionen und der Decisionen verbot *d*). Im Ganzen schließt sich die Anordnung des Codex noch mehr der Ordnung des Edicts an, als selbst die Digesten, deren Materienfolge der Inhalt des Codex übrigens so ziemlich entspricht *e*). Die Ordnung der Constitutionen in den einzelnen Titeln ist vorherrschend chronologisch, so daß meistens das Specielle vor dem Allgemeinen steht. Eine jede Constitution hat in der Regel eine inscriptio und subscriptio (§. 38); neuere Constitutionen als der alte Codex und die Digesten sind darin acht aufgenommen *f*); ob die Decisionen sich alle darin befinden, ist ungewiß *g*). Auch sind manche Constitutionen, welche in der ersten Ausgabe standen, und worauf die Institutionen verweisen, im neuen Codex nicht zu finden *h*); indessen

---

d) In der vor dem Codex stehenden *De emendatione Codicis D. Justiniani et secunda ejus editione*, const. „*Cordi nobis*."

e) Vergl. Hugo R. G. S. 1086. Not. 3. — Lib. I u. II. entspricht der Pars I, Lib. III. der P. II, Lib. IV. der P. III, Lib. V. der P. IV, Lib. VI. der P. V; auch Lib. VII. der P. VI; der P. VII entspricht auch noch Lib. VIII u. IX des Codex, wiewohl dieser Manches enthält, wovon in den Digesten gar nicht die Rede ist.

f) Hugo R. G. S. 1084 mit Not. 1.

g) Die gewöhnlich angeführten Kennzeichen sind nicht vollkommen entscheidend. Nur das Datum und der Inhalt können Gewißheit geben. Zimmern R. G. §. 49. Not. 11.

h) Z. B. §. 27. Inst. de legatis (2. 20.) §. 24. Inst. de action. (4. 6.)

sind auch mehrere (besonders griechisch geschriebene) im letztern gewiß aufgenommen gewesene, in der Folge durch Nachlässigkeit der Schreiber verloren gegangen, welche man in der neuern Zeit zu restituiren versucht hat (leges restitutuae).

VI. Justinians Verordnung über den Studienplan.

§. 61.

In Verbindung mit den bisher angeführten Rechtsbüchern Justinians steht der Studienplan, welchen der Kaiser nach vollendeter Redaction des Codex, der Digesten und der Institutionen, aber noch vor der neuen Ausgabe des erstern in einer an die Professoren gerichteten Constitution vom 16. December 533 vorgeschrieben hat *a*). Herauszuheben sind hier nur die Bestimmungen, daß der ganze Unterricht wie früher auf fünf Jahre berechnet wurde, wobei noch Manches dem Privatstudium anheimfallen mußte, daß hauptsächlich die Digesten bei demselben benützt und die Constitutionen nur beiläufig mitgenommen wurden, und daß die Institutionen den Anfang machen sollten.

VII. Die Novellen.

(Fr. Aug. Biener, Geschichte der Novellen Justinians. Berlin. 1824.)

§. 62.

Nach der Abfassung des zweiten Codex regierte Justinian noch über zwanzig Jahre. Begreiflich ist es daher, daß dieser Kaiser, welcher ohnehin Geschmack an der Gesetzgebung hatte, noch eine Reihe von Constitutionen zu erlassen Gelegenheit fand. Diese neuern, zum größten Theil in griechischer, mehrere aber auch in lateinischer Sprache und einige griechisch und lateinisch zugleich geschriebenen Constitutionen heißen *νεαραι διαταξεις* oder *Novellae* sc. constitutiones. Daß Justinian

---

a) In der vor den Digesten befindlichen und häufig prooemium digestorum genannten Const. *Omnem reipublicae* an die Antecessoren.

diese Novellen nicht in eine neue Bearbeitung des Codex hat aufnehmen wollen, sondern vielmehr in eine eigne Sammlung zu bringen beabsichtigte, wissen wir gewiß *a*); daß er aber das letztere Vorhaben wirklich auch ausgeführt habe, ist vollkommen unerweislich. Wir besitzen daher nur Privatsammlungen derselben und zwar drei von einander ganz unabhängige. 1) Die älteste *b*) hievon ist ein, wahrscheinlich noch bei Lebzeiten Justinians durch Julian gemachter, lateinischer, also wohl für den Occident bestimmter Auszug aus einer andern (uns unbekannten) Sammlung, welcher 125 Constitutionen enthält, und im Mittelalter zu großem Ansehen gelangte (die sg. epitome Julians). 2) Die zweite *c*) uns bekannte Sammlung ist eine griechische von 168 Novellen, welche im Mittelalter bekannt wurde und den nicht glossirten Ausgaben des Corpus juris zum Grunde liegt. In dieser Sammlung sind aber eilf Stücke nicht Novellen Justinians, sondern vier (nov. 140, 141, 148 und 149 nach der jetzigen Zählart) von Justin d. J., drei (nov. 161, 163, 164) von Tiber und drei (nov. 166—168) sind Edicte der Praefecti Praetorio (§. 30), woraus sich ergiebt, daß diese Sammlung, in welcher ausserdem vier Novellen zweimal vorkommen (vergl. nov. 32 mit 34, 41 mit 50, 75 mit 104, 143 mit 150), nicht, wenigstens die ganze Sammlung nicht unter Justinians Regierung gemacht seyn kann. 3) Die dritte Sammlung *d*) endlich ist eine im Mittelalter den Glossatoren bekannt gewordene wörtliche lateinische Uebersetzung von 134 Novellen (die versio vulgata novellarum), welche Jene authenticum oder liber authenticorum nannten, und welcher ein vielleicht in Illyricum entstandenes Original zum Grunde liegt, dessen Verfasser wir eben so wenig kennen, als den Uebersetzer. — Ausser diesen Sammlungen existirt aber auch noch eine weitere von 13 Novellen Justinians, welche

---

a) Const. *Cordi* §. 4.

b) Biener a. a. O. S. 70—84.

c) Ders. S. 85—120.

d) Ders. S. 243—262.

dem Verfasser der zweiten Sammlung unbekannt geblieben seyn mag; sie ist von keinem allgemeinen Interesse, weil sie nur Localverfügungen, von denen jedoch drei auch in der unter Nr. 2. erwähnten Sammlung stehen, enthält. Sie finden sich in einer Handschrift jener 168 Novellen als Anhang, und sind von dem Sammler nicht Novellen, sondern Edicte genannt *e*). Uebrigens haben sich auch manche in jenen Sammlungen enthaltene Novellen abgesondert erhalten *f*).

Dritter Abschnitt.

Schicksale des Justinianisch römischen Rechts.

I. Im Orient.

§. 63.

Justinian selber hatte ausser getreuen Uebersetzungen in das Griechische und Verweisungen auf Parallelstellen mit kurzer Angabe ihres Inhalts alle Bearbeitung seiner Rechtsbücher, namentlich Commentare, verboten. Indessen wurde diese nicht sehr weise Vorschrift gleich nach Justinians Tode vielfach verletzt. Freie Uebersetzungen wurden bald mehr benützt als die Originale, und selbst erläuternde Bearbeitungen wurden durch die häufig abändernden Constitutionen der Nachfolger Justinians nothwendig. Aber selbst aus Justinians Lebenszeit hat sich ein griechischer Commentar der Institutionen erhalten, dessen Verfasser derselbe Theophilus war, welcher an der Redaction des ersten Coder, der Digesten und det Institutionen thätigen Antheil gehabt hatte, und dessen Existenz trotz Justinians Verbot wir nur daraus erklären können, daß das Werk, aus den Vorlesungen des Theophilus entstanden, eigentlich nur ein Colle-

---

e) Ders. S. 114 ff.

f) Ders. S. 315 ff.

gienheft eines seiner Zuhörer ist *a*). — Schon im neunten Jahrhundert fühlten die griechischen Kaiser das Bedürfniß neuer umfassender Gesetzgebungen. Der Kaiser Basilius Macedo veranstaltete zuerst ein προχειρον των νομων, d. h. Institutionen des griechischen Rechts. Sodann legte er den Grund zu dem Gesetzbuche der Basiliken, welches als eine Verarbeitung des Justinianischen Rechts und der spätern Constitutionen unter seinem Sohne Leo Philosophus vollendet wurde und in der Mitte des zehnten Jahrhunderts eine repetita praelectio durch Constantinus Porphyrogeneta erhielt. Durch diese Legislationen, so wie durch viele einzelne Constitutionen wurde die Justinianische Gesetzgebung im Orient verdrängt *b*).

II. Im Occident.

A. Vor den Glossatoren.

§. 64.

Justinians Gesetzgebung wurde, nachdem unter diesem Kaiser Italien wieder erobert war, auch im Occident publicirt *a*),

---

a) Dieser paraphrasirende Commentar, über dessen großen Werth im Allgemeinen Alle einverstanden sind, kam zuerst griechisch heraus cura *Viglii Zuichemi* (Basil. 1534 fol.) und sodann durch Rutg. Roscius mit Noten von P. Nannius (Lovan. 1536. 4.) Bloß lateinische Uebersetzungen sind von Jac. Curtius Antw. 1536 8. und öfters), von Joh. Doujat (Paris 1681. 8.) und von J. H. Böhmer (Hal. 1728. 4.). In beiden Sprachen mit einer Vorrede von J. P. Neithard (Basil. 1544. 8.), durch Ludw. Miräus (Lugd. 1580. 16mo). durch Dion. Gothofredus (Genev. 1587 4. und öfters), durch Carl Han. Fabrot (Paris. 1638. 1657. 4.) und endlich am Besten durch W. O. Reitz (mit einer neuen Uebersetzung, Hag. 1751. 4.) — Deutsche Uebersetzungen sind von J. C. Finke, Gött. 1805. 1809, und von Carl Wüstemann (mit Anmerk.), Berlin 1823.

b) Vergl. *Haubold* inst. jur. dogm. §. 306 — 308. (§. 263 — 265), und Hugo R. G. S. 1102 ff.

a) In der sich im Anhange des Corpus juris befindenden sanctio pragmatica Justinians vom Jahr 554: *Pro petitione Vigilii* §. 11.

und wenn auch der Zusammenhang zwischen Italien und Constantinopel durch folgende Zeitereignisse immer mehr abnahm und am Ende ganz aufhörte, so erhielt sich das Justinianische Recht doch im Abendlande während des ganzen Mittelalters und zwar neben dem Breviarium Alarichs *b*). Indessen war der Gebrauch desselben doch so gering, die wissenschaftliche Bearbeitung so dürftig *c*), daß man schon die Ansicht aufstellen konnte, das Justinianische Recht sey vor dem eilften Jahrhundert ganz verloren gewesen.

B. Zur Zeit der Glossatoren.

§. 65.

Als aber mit dem Anfang des zwölften Jahrhunderts im Occident überhaupt ein wissenschaftliches Streben erwachte, ergriff dieses auch das Studium des Rechts. Während in der frühern Zeit der Rechtsunterricht nur in Verbindung mit alter Literatur überhaupt, also gelegentlich vorkam *a*), schied sich derselbe schon so aus, daß eigne Anstalten für das juristische Studium in Rom und Ravenna genannt werden. Vor allen aber ward Bologna durch seine Rechtslehrer berühmt. Diese lasen die Justinianischen Rechtsbücher nach dem Vorgange des Pepo

---

b) v. Savigny Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter. Bd. I und II.

c) Zwei Werke aus dem eilften Jahrhundert, welche sich bis auf uns erhalten haben, bezeugen die fortwährende, wenn auch dürftige Bearbeitung des Justinianischen Rechts. Das eine ist die *Summa novellarum constitutionum Justiniani* (d. sg. Brachylogus — corpus legum), ein um das Jahr 1100 im lombardischen Italien entstandenes kurzes System des römischen Rechts; das andere ist unter dem Titel *Petri exceptiones legum* eine um die Mitte des eilften Jahrhunderts in Frankreich entstandene systematische Zusammenstellung des geltenden Rechts, welcher Justinians Rechtsbücher zum Grunde liegen. v. Savigny a. a. O. Bd. II. S. 251 ff. 134 ff.

a) v. Savigny a. a. O. Bd. I. S. 465 ff. Bd. II. S. 170 f. Falck Encyklopädie §. 81. Not. 82.

und besonders des Irnerius zahlreichen Zuhörern aus ganz Europa vor *b*). Nicht nur wurden ihre mündlichen Erklärungen von den Schülern aufgeschrieben, sondern sie bearbeiteten *c*) auch die Justinianischen Gesetzbücher auf ähnliche Art, wie die Theologen die Bibel durch Anfügung kurzer Sach- und Sprachbemerkungen (glossae) *d*), zuerst zwischen den Linien des Textes (glossae interlineares), später an dem Rande. Von dieser Methode erhielten sie den Namen Glossatoren. Ihre Reihe schließt sich mit Accursius († 1265), der die Glossen seiner Vorgänger mit eignen Bemerkungen in eine größere Sammlung brachte, welche, wie die durch Nicolaus de Lyra gesammelten Glossen zur heiligen Schrift, *glossa ordinaria* heißt. — Hauptsächlich suchten die Glossatoren die Justinianischen Rechtsbücher aus sich selber zu erklären, daher auch die vielen Parallelstellen als Hauptinhalt der Glossen. Aus solchen Parallelstellen sind denn auch die Zusätze des Codex und der Institutionen *e*) in unsern Ausgaben des Corpus Juris entstanden, welche Authentiken heißen. Der Name kommt daher, daß die Glossatoren den Text des Codex und der Institutionen durch Einschaltung von Auszügen der demselben derogirenden Novellen aus dem liber authenticorum (§. 62) zu berichtigen suchten. Indessen beschränkten sie sich hiebei nicht einmal auf Justinianische Novellen, sondern sie schalteten auch (dreizehn) Auszüge aus neuern Ver-

b) v. Savigny a. a. O. Bd. III.

c) Ders. Bd. III. S. 556 ff.

d) Γλωσσα ist ursprünglich so viel als lingua, die Zunge, die Sprache, dann ein Wort, besonders eines, das einer Erklärung bedarf, und endlich die Erklärung selber. Ueber die verschiedenen Arten: v. Savigny a. a. O. S. 564 ff.

e) Daß sich auch in den Institutionen Authentiken befinden, hat man erst wieder in neuerer Zeit hervorgehoben. Hugo civ. Mag. Bd. III. S. 282. v. Savigny a. a. O. Bd. IV. S. 50. 51. Allein sie befinden sich nur in wenigen Handschriften, und von den Ausgaben hat sie im Text eingerückt nur die Baudozische von 1591 und die Beck'sche von 1825.

ordnungen der Kaiser Friedrich I und II im Codex ein (Authenticae Fridericianae) *f*).

C. Aufnahme des römischen Rechts in Deutschland.

§. 66.

Die Schule in Bologna wurde bald so berühmt, daß aus allen Ländern und besonders aus Deutschland junge Männer dahin zogen, um dort das Recht zu studiren. Diese im Justinianisch-römischen Rechte gebildeten Juristen wandten, in die Heimath zurückgekehrt, die römischen Rechtssätze in den Gerichten an, und obgleich diese Anwendung einer gesetzlichen Grundlage entbehrte, so mußte sie doch durch die stillschweigende Billigung namentlich der deutschen Kaiser, welche sie selber in ihren höchsten Gerichten zuließen, durch die Entstehung deutscher Hochschulen, auf denen das Rechtsstudium dem auf den italienischen allmälich nachgebildet wurde, und durch den Umstand, daß die deutschen Kaiser sich als Nachfolger der römischen, ihr Reich als eine Fortsetzung des römischen betrachteten, auch wohl durch das Wohlgefallen, welches sie an einigen mißverstandenen Regeln des öffentlichen römischen Rechts aus der Zeit der Monarchie fanden, und die sie ihren monarchischen Ansichten für dienlich hielten *a*), die natürliche Folge haben, daß man das römische Recht nicht mehr als bloßes Nationalrecht, sondern als ein gemeines kaiserliches Recht betrachtete. Wenn freilich noch lange Zeit dazu gehörte, bis das Justinianische Recht den Charakter eines gemeinen geschriebenen Rechts erhielt, so hatte doch schon früh die häufige Beschäftigung damit, sowohl in wissenschaftlichen Arbeiten als in den Gerichten, großen Einfluß auf die einheimischen Rechte, die nun vielfach unter den Händen

---

f) Die Authentiken sind mit Cursivschrift gedruckt und überschrieben: *in authent.*

a) Ueber das „Princeps legibus solutus" vergl. Zimmern R. G. §. 43 nach Not. 17.

der römisch gebildeten Juristen den Charakter des römischen Rechts annahmen. Es bedarf daher nicht der Annahme einer förmlichen gesetzlichen Reception desselben in Deutschland, wenigstens liegt diese um so weniger in der Reichskammergerichtsordnung von 1495 *b*) als das darin Gesagte nichts weiter bedeutet, als was auch schon in früheren Gesetzen, namentlich in dem Reichsabschiede von 1342 *c*) enthalten ist, eine Berufung auf das stillschweigend in Gebrauch gekommene römische Recht.

D. Gemeingültigkeit des römischen Rechts in Deutschland.

1. Im Allgemeinen.

§. 67.

Das römische Recht ist durch die Bearbeitung desselben zur Zeit der Glossatoren, und deren Verbindung mit dem Unterrichte nach Deutschland gekommen. Da nun die Glossatoren das römische Recht nur nach der Fassung, die es durch Justinians Gesetzgebung erhalten hatte, zum Gegenstand ihrer Verarbeitung gemacht haben, so ist auch nur das Justinianische, nicht aber das vor= noch das nach=Justinianische Recht, gemeines Recht in Deutschland. Aber selbst das Justinianische Recht gilt in Deutschland nur in so weit, als es der Bearbeitung der Glossatoren unterlag. Daher der Grundsatz: Quicquid non agnoscit glossa, illud nec agnoscit forum. Nach demselben gelten alle jene Stellen der Digesten und des Codex nicht, welche den Glossatoren unbekannt waren, und deßhalb oder aus einem andern Grunde nicht glossirt sind *a*). Von den Novellen, welche die Glossatoren nach der versio vulgata

---

b) R. K. G. O. von 1495. §. 3. in der Sammlung der Reichsabschiede Th. II. S. 7.

c) Sammlung der R. A. Th. I. S. 44. 45.

a) Namentlich gehören die sg. leges restitutae (§. 60) hierher. In den Digesten sind nur wenige Stellen, desto mehr aber im Codex, von der Glosse verlassen.

bearbeiteten, sind gewiß nur 97 im Mittelalter bekannt gewesen und stehen in alten Handschriften, obgleich nicht alle wirklich auch glossirt sind. Nur die glossirten sind als gültig zu betrachten. *b*) Die Institutionen sind vollständig glossirt. Nach der Natur der Sache fehlt es auch allen jenen Stellen des Justinianischen Rechts an gesetzlicher Kraft, welche sich auf Gegenstände beziehen, die dem deutschen Nationalcharakter durchaus fremd sind, sollten jene Stellen auch glossirt seyn *c*). Dieß gilt namentlich von den staatsrechtlichen Bestimmungen des Justinianischen Rechts. Umgekehrt aber können wohl rein deutsche Verhältnisse, welche den Römern ganz unbekannt waren, nach dem Justinianischen Rechte beurtheilt werden, wenn eine Analogie zulässig ist. Uebrigens ist die Vermuthung überall für die Gültigkeit des Justinianischen Rechts, weil dasselbe nicht ausnahmsweise, sondern der Regel nach (in complexu) gemeines deutsches Recht ist.

2. Rücksichtlich des Verhältnisses der einzelnen Theile des Justinianischen Rechts, im Fall eines Widerspruchs.

Const. *Haec quae necessario* §. 2. Const. *Summa reipublicae* §. 1. Const. *Deo auctore.* §. 8. Const. *Tanta* und *Dedit* §. 1. 15. Const. *Cordi nobis* §. 3.

§. 68.

Wenn auch die Justinianischen Rechtsbücher nur so weit gelten, als sie glossirt sind, so hat doch keineswegs die Glosse selber gesetzliche Kraft. Vielmehr bleibt es der Wissenschaft unverwehrt, die Mißverständnisse in derselben nachzuweisen und

b) Nicht bekannt waren im Mittelalter, und deßhalb jedenfalls nicht gültig (nach der jetzigen Zählart) sind: Nov. 11. 13. 21. 24 — 32. 35 — 38. 40 — 43. 45. 50. 59. 62. 64. 65. 68. 75. 87. 101 — 104. 121. 122. 126. 129. 130. 133. 135 — 142. 144 — 158. 160 — 168. Nicht glossirt, obgleich in alten Handschriften befindlich, sind: Nov. 20. 63. 80. 85. 110. 159. Theilweise glossirt sind Nov. 3. 8 und 76. Nicht ausser Zweifel sind Nov. 15. 16. 105 und 106.

c) So gelten nicht selten die Normen selber, nicht aber die in den Stellen gemachten Anwendungen auf gewisse Fälle.

zu verbessern. Daher gelten auch die aus den Novellen in den Codex und in die Institutionen gekommenen Authentiken (§. 65) nur so weit, als sie mit ihrer Quelle übereinstimmen. Dagegen gehören die Authenticae Fridericianae ganz dem deutschen Recht an, und hatten als selbstständige Verordnungen, welche von Friedrich II selber den Glossatoren zur Aufnahme in den Codex zugesandt wurden, von Anfang an gesetzliche Kraft. — Aus dem angegebenen Grunde muß für das Verhältniß der einzelnen Stellen des Justinianischen Rechts, wenn sich ein Widerstreit unter ihnen finden sollte, die Intention Justinians entscheidend seyn. In dieser liegt es nun offenbar, daß die Novellen, als der jüngste Theil, allem Uebrigen vorzuziehen sind, und unter ihnen die dem Datum nach spätern den früheren, also nicht unbedingt die in unsern Ausgaben hinten stehenden den vorderen. Die drei Rechtsbücher aber sollen nach dem Willen Justinians als Theile eines einzigen Ganzen behandelt werden; hienach müssen wir im Ganzen eine Antinomie zwischen den einzelnen Theilen so lange als möglich verwerfen, und uns bemühen, die einzelnen Stellen in Uebereinstimmung mit einander zu bringen. Die Uebereinstimmung liegt dann entweder darin, daß die Stellen als Regel und Ausnahme neben einander gelten, oder darin, daß die eine das neuere, die andere das ältere Recht enthält. Die Anwendung dieses Grundsatzes auf die einzelnen Collisionsfälle ist freilich nicht selten sehr schwierig, kann jedoch hier nicht ausgeführt werden.

Vierter Abschnitt.

Von dem Corpus juris civilis.

I. Inhalt des Corpus juris.

§. 69.

Wir begreifen unter dem Corpus juris civilis die gesammten Justinianischen Rechtsbücher, also die Digesten, die Institutio-

nen, den Codex und die Novellen. Daß auch schon die Glossatoren diese Rechtsbücher mit dem Collectiv-Namen Corpus juris bezeichnet haben, leidet keinen Zweifel. Als bezeichnender Büchertitel kam aber dieser Name erst auf, als man Gesammtausgaben aller Justinianischen Rechtsbücher veranstaltete, und Dionysius Gothofredus gebrauchte ihn im Jahr 1604 zuerst. Das Corpus juris der Glossatoren bestand aus fünf Bänden (volumina), wovon die drei ersten auf die Digesten kamen, der vierte die neun ersten Bücher des Codex und der fünfte den Rest umfaßte. Die drei Bände der Digesten haben besondere Namen. Der erste heißt *digestum vetus*, und geht bis lib. 24. tit. 3. l. 2 verb. „soluto matrimonio"; der zweite *digestum infortiatum*, und geht von lib. 24. tit. 3 — lib. 38.; der dritte *digestum novum* und enthält lib. 39 — 50. Sowohl der Zweck dieser Abtheilung als der Ursprung der Bezeichnungen sind zweifelhaft. Das digestum infortiatum hat noch einen Unterabschnitt, den man nach den Anfangsworten „Tres Partes" nennt. Der Grund, warum das vierte Volumen nur die ersten neun Bücher des Codex enthält, liegt darin, daß Irnerius zuerst nur diese, und später die drei übrigen Bücher erhielt; daher bezeichnen die Glossatoren mit Codex auch nur die ersten neun Bücher, und nur in diesen finden sich in der Regel Authentiken. Der schon früh antiquirte Inhalt der drei letzten Bücher (meistens öffentliches Recht) mag an dieser Zertheilung Schuld seyn. Der fünfte Band hatte wegen seines mannichfaltigen Inhalts keinen eignen Namen; man nannte ihn daher schlechtweg Volumen. In demselben befinden sich die Institutionen, die Novellen aus der alten versio vulgata — das sg. Authenticum, welches die Glossatoren in neun Collationen und jede Collation in mehrere Titel eintheilten, von denen jeder regelmäßig eine Novelle umfaßt; nur die achte Novelle wurde in zwei Titel zertheilt, und so haben wir jetzt noch 98 Titel und nur 97 glossirte Novellen. Zu diesen neun Collationen fügten die Glossatoren eine zehnte, welche aus einer Lehnrechtssammlung (libri feudorum) und einigen Gesetzen deutscher Kaiser

besteht. Den Beschluß des fünften Bandes machen die drei letzten Bücher des Codex (tres libri). Diese Anordnung des ganzen Corpus Juris, nach welcher die Handschriften eingerichtet sind, gieng auch, wiewohl nicht regelmäßig, in die ersten Drucke über. Die gangbaren Ausgaben aber, besonders die nicht glossirten, haben eine andere Einrichtung. Die Ordnung ist hier folgende: 1) die Institutionen, 2) die Digesten, 3) der ganze Codex, 4) seit der unglossirten Ausgabe des Contius von 1571 die 168 Novellen in einer, aber keineswegs durchaus, chronologischen Ordnung. Auf diese letzteren folgen Anhänge sehr verschiedenen Inhaltes: 1) die sg. Edicte Justinians, 2) Constitutionen von Justin dem Jüngern, 3) Constitutionen von Tiber dem Jüngern, 4) Constitutionen von Justinian, Justin und Tiber, 5) die Novellen des Kaisers Leo, 6) eine Constitution von Zeno, 7) Imperatoriae constitutiones von verschiedenen Kaisern (darunter die Sanctio pragmatica von Justinian „Pro petitione Vigilii", 8) die sg. Kanonen der Apostel, 9) die Lehnrechtssammlung in zwei Büchern, 10) einige Constitutionen Friedrichs II., 11) zwei sg. extravagantes Heinrichs VII., 12) der liber de pace Constantiae (der Friedensschluß Friedrichs II. und seines Sohnes Heinrich mit dem lombardischen Bunde von 1183). — Noch andere Anhänge, wie die Fragmente der zwölf Tafeln, des prätorischen Edicts und mehrerer juristischen Schriften, so wie die goldne Bulle Carls IV. finden sich nur in einigen Ausgaben.

II. Handschriften der Justinianischen Rechtsbücher.

(v. Savigny G. des röm. Rechts im M. A. Bd. III. S. 92—102. S. 445 ff. S. 486 ff.)

§. 70.

Was die Handschriften der Justinianischen Rechtsbücher betrifft, so sind allezeit nur die einzelnen Theile abgeschrieben worden, und diese nicht immer vollständig. Hinsichtlich 1) der **Pandekten** besitzen wir vor Allem die sg. **florentinische Handschrift** der ganzen Sammlung, und eine große Anzahl

anderer, welche in der Regel nur einzelne Bände nach der im vorigen §. bemerkten Abtheilung umfassen, und die man im Gegensatze mit der Florentina Vulgatmanuscripte nennt. Die Florentina ist bei weitem die älteste uns bekannte vollständige Handschrift. Von den merkwürdigen Schicksalen, die die Sage von derselben erzählt, ist nur das gewiß, daß sie sich bis zum Jahr 1406 in Pisa befand (daher heißt sie auch litera pisana); von da kam sie bei der Unterwerfung dieser Stadt unter die Herrschaft von Florenz in die letztere Stadt. Das Alter der Florentina wird von dem Glossator Odofredus *a*) bis auf Justinians Zeit hinaufgerückt; richtiger möchte es in das siebente Jahrhundert gesetzt werden. Hinsichtlich der Vulgatmanuscripte ist es wahrscheinlich, daß sie, da ihr Alter nicht über das zwölfte Jahrhundert zurückgeht, mit Benützung der Florentina geschrieben sind *b*), daß aber neben der Florentina auch andere, für uns verloren gegangene Urmanuscripte ihnen zum Grunde liegen *c*), weßhalb ein jedes einzelne Vulgatmanuscript für die Kritik des Textes einen selbstständigen Werth hat. 2) Vom Codex giebt es kein einziges so altes Manuscript als für die Pandekten; die Handschriften enthalten in der Regel nur die ersten neun Bücher, und der Text ist vielfach verstümmelt. 3) Von den Institutionen giebt es sehr viele und meist ganz vollständige Manuscripte. Ein einziges kleines Stück, welches sich in Verona befindet, und mit Cajus bekannt geworden ist, aber nur den Anfang der Institutionen enthält, gehört zum wenigsten ins achte Jahrhundert. Die drei ältesten vollständigen Manuscripte sind aus dem zehnten, eines davon — das Bamberger — vielleicht aus dem neunten Jahrhundert. 4) Was die Handschriften der Novellen (§. 62)

---

a) *Odofredus* ad l. 23. D. de R. V. (6. 1.).

b) Dafür spricht die Verwirrung in dem letzten Titel der Digesten, welche sich in allen uns bekannten Handschriften findet und aus der Florentina herrührt, in welcher erweislich zwei Blätter losgegangen und später falsch wieder eingelegt worden sind.

c) Viele Stellen der Vulgat-Manuscripte haben nicht nur bessere Lesarten, sondern enthalten selbst mehr als die Florentina.

betrifft, so giebt es nur für die Epitome Julians alte Handschriften, von welchen zwei aus dem achten Jahrhundert zu seyn scheinen *d*). Die älteste Handschrift für die Sammlung der 168 Novellen, die Venediger, auf welche sich mit Ausnahme einer florentinischen Epitome aus dem vierzehnten Jahrhundert, alles bekannte Handschriftliche für diese Sammlung beschränkt, geht höchstens in das dreizehnte Jahrhundert zurück. Von der Versio vulgata endlich sind die ältesten Manuscripte ebenfalls aus dem dreizehnten Jahrhundert, und unter diesen eine Pariser und Wiener die wichtigsten.

III. Ausgaben des Corpus juris.

§. 71.

Die ältesten Ausgaben schließen sich an die Anordnung der Manuscripte an und enthalten nur einzelne Bände. Eine Geschichte und Classificirung aller einzelnen Ausgaben gehört nicht hierher *a*). Von den Handausgaben der Institutionen sind für den akademischen Gebrauch hauptsächlich die von Biener (Berlin 1812. 8.) und der neue Stereotyp-Abdruck der großen Schrader'schen Ausgabe (Berlin 1836. 8.) zu empfehlen. Die Gesammtausgaben des corpus juris sind entweder glossirte oder unglossirte. I. Die glossirten Ausgaben bestehen gewöhnlich aus den fünf Bänden (§. 69) und die vorzüglichsten sind A) die Lyoner Ausgabe von 1549, 1550 in fünf Bänden Fol., B) die Pariser durch Contius bearbeitete Ausgabe von 1576 in fünf Bänden Fol., C) die Gothofredischen Ausgaben (Denis Godefroi), von denen die älteste in sechs Bänden Fol., aber ohne gemeinschaftlichen Titel, zu Lyon 1589 herauskam, dann die mit gemeinschaft-

---

d) Haubold in der Zeitschr. für gesch. R. W. Bd. IV. S. 133 ff.

a) Vergl. Falck Encyklopädie §. 85, wo eine kurze Geschichte der Ausgaben, §. 87, wo eine Uebersicht der kritischen Bearbeitung, und §. 88, wo eine Classification der Ausgaben und Handschriften zu finden.

lichem Titel vom Jahr 1604 und zuletzt 1612, D) die Lyoner Ausgabe von 1627 (studio et opera *Joannis Fehii*) in sechs Bänden Fol. II. Der unglossirten Ausgaben giebt es eine große Anzahl. Die wichtigsten A) mit Noten versehenen sind: 1) Die Russard'schen mit dem Titel: *jus civile* a. Lyon 1560. 61. zwei Bände Fol. b) Antwerpen 1566, 1567, 1569 und 1570. sieben Bände 8vo. 2) Die Contius'schen (Le Conte) die sg. erste, Paris 1562, in neun Bänden 8vo. (worin aber nur die Institutionen und der Codex von Contius bearbeitet sind); die zweite, Lyon 1571, in funfzehn (zuweilen auch in eilf) Bänden 12mo. 3) Die von Charondas, Antwerpen 1575, Fol. 4) Die von Pacius, (Genf) 1580, in Fol. oder in (gewöhnlich) neun Bänden 8vo. 5) Die Gothofredischen Ausgaben, welche oft nachgedruckt sind. Die hier zu nennenden sind Originalausgaben: a) Lyon 1583 (auch 1585), 4to. b) Lyon 1590 zwei Bände Fol. (Coloniae Allobrogum 1594. 1595. 4.) c) (Genf und) St. Gervasii (einige Exemplare: Lyon) 1602, vier Bände Fol. (Aureliopoli 1604. 4.) d) Lyon 1607, zwei Bände Fol. e) Genf 1624. Fol. (von Jacobus Gothofredus besorgt und später öfters neu aufgelegt). 6) Die Simon van Leeuwensche, in welcher sich ebenfalls die Noten von Gothofred befinden, Amsterdam 1663, Fol. mit dem Frankfurter Nachdrucke von demselben Jahr und den Leipzigern von 1705, 1720 und 1740 in zwei Bänden 4to. 7) Die Göttinger oder Gebauer-Spangenberg'sche Ausgabe 1776 und 1797 in zwei Bänden 4to. B) Unglossirte Ausgaben ohne Noten giebt es sehr viele besonders Gothofredische; sie sind aber meistens schlecht. Die besten sind die sg. Elzevir'schen, Amsterdam 1664, dann 1681 und 1687, und zuletzt 1700 zwei Bände 8vo. — Ueber alle hier genannten und nicht genannten Ausgaben siehe: Spangenberg Einleitung in das Römisch-Justinianeische Rechtsbuch. Hannover 1817. 8vo. S. 645 folg. *b*).

b) Von den mehreren neu angekündigten und zum Theil schon angefangenen Ausgaben ist noch keine vollendet.

IV. Art und Weise, Stellen des corpus juris zu bezeichnen und zu citiren.

(Thibaut civ. Abhandl. Nro. 10. S. 205 ff.)

§. 72.

Was I. die Bezeichnung der Justinianischen Rechtsbücher betrifft, so werden die einzelnen Stücke immer selbstständig genannt, nicht als Theile des Corpus Juris. Was A) die Bezeichnung der einzelnen Sammlungen betrifft, so bezeichnete man 1) die Institutionen zu allen Zeiten mit I. oder Inst.; zur Zeit der Glossatoren noch besonders mit inst. ist. instit. oder institu. 2) Die Pandekten oder Digesten bezeichnete man früherhin mehr mit P. oder p. auch π., jetzt mehr mit D. oder Dig. und immer mit ff., was aus einem verschlungenen D. entstanden ist. 3) Der Codex wurde stets mit C. oder Cod. bezeichnet. 4) Die Novellen bezeichneten die Glossatoren mit: autent. oder authent. oder aut. oder auth., auch mit No. Jetzt führt man sie gewöhnlich durch N. oder Nov. an. 5) Die Authentiken im Codex wurden zu allen Zeiten mit auth. und den Anfangsworten bezeichnet. B) Die einzelnen Stellen bezeichnet man in den Institutionen mit pr., pro., (principium, prooemium) und §. (paragraphus), wiewohl nicht in allen Handschriften und auch nicht in allen Ausgaben die Paragraphenzeichen sich am nämlichen Orte befinden, in den Pandekten mit L., Lex, l., fr. (fragmentum), auch wohl mit c. (caput), in dem Codex mit L. (lex) und mit c., C. (constitutio), auch const., in den Novellen, welche in der Regel in eine praefatio, in Capitel und in einen epilogus zerfallen, mit praef., cap. und ep. Die Stellen der Pandekten, des Codex und die Capitel der Novellen zerfallen häufig in ein principium und mehrere Paragraphen, welche man dann mit pr. und §. bezeichnet, obgleich auch hier die Paragraphenzeichen nicht überall an dem nämlichen Orte stehen. Was II. das Citiren der einzelnen Stellen betrifft, so muß man die

sg. absolute Citirart d. h. die selbstständige Angabe des Platzes einer Stelle von der sg. relativen, d. h. die Angabe des Ortsverhältnisses der einen Stelle zu einer andern unterscheiden. Hinsichtlich A) der absoluten Citirart ist zu bemerken, daß jetzt nicht bloß alle Bücher, sondern auch alle Titel *a*) und in diesen alle einzelne Stellen, und wo diese in Paragraphen zerfallen, auch diese, so wie die 168 Novellen fortlaufend numerirt sind; früherhin war dieß nur bei den Büchern der Fall, und die Novellen waren in numerirte Collationen getheilt, welche Eintheilung in den spätern Ausgaben neben der fortlaufenden Zahl der einzelnen Novellen beibehalten ist. Die natürlichste Art, eine Stelle im Corpus Juris zu citiren, wäre offenbar die auch bei andern Werken gangbare, nämlich nach der Zahl des Buchs und Titels und der zu allegirenden Stelle, wobei man auch noch, um Irrthum zu vermeiden, die Titelrubrik hinzufügen könnte, also z. B. Inst. Lib. II. tit. 1. §. 13 de rerum divisione. D. Lib. VI. tit. 1. l. 23. §. 6. Gewöhnlich setzt man aber jetzt die Stelle zuerst, dann die Rubrik und zuletzt die Zahlen des Buchs und des Titels z. B. §. 13. Inst. de rerum divisione (2. 1.) l. 23. §. 6. D. de rei vind. (6. 1.). Uebrigens lassen Manche die Titelrubrik, Manche die Zahlen aus. Indessen konnte man auf diese Weise zur Zeit der Glossatoren, und geraume Zeit nachher, nicht citiren, weil die Titel und Stellen nicht numerirt waren. Anstatt der Zahlen setzte man daher die Anfangsworte der zu citirenden Stelle, und wenn ein Paragraph citirt werden sollte, auch des letzteren z. B. inst. de rer. div. §. illud quaesitum; — ff. de rei vind. l. in rem §. tignum, wiewohl man späterhin auch die Stelle vor das Zeichen des Werks setzte, z. B. l. in rem §. tignum ff. de rei vindic. Zur Erleichterung zählte man auch

---

a) Die gewöhnlichen Ausgaben zählen im dritten Buche der Institutionen 30 Titel; es sind aber nur 29. Dieß rührt daher, daß man den sechsten Titel, welcher eine Stammtafel enthalten soll, die aber meistens fehlt, in zwei zerlegt hat und den zweiten, welcher de servili cognatione überschrieben ist, bei jener Stammtafel anfing.

die Fragmente und Paragraphen, wenn die Zahl nicht zu hoch hinauf stieg; daher kommt auch das principium in den Institutionen = Titeln und in den Stellen der Digesten und des Codex, welche §§. haben; eben deßhalb bezeichnete man auch die letzte Stelle eines Titels oder den letzten §. einer Stelle mit l. fin. (lex finalis) oder l. ult. (lex ultima), §. fin. oder §. ult., die vorletzten Stellen und §§. mit l. penult. penu. oder pen. (penultima) und die drittletzten mit l. antepe. etc. (antepenultima); eben deßhalb citirte man auch die erste Stelle eines Buches bloß mit Zahlen z. B. C. l. j. libri ij. — Befinden sich in einem Titel mehrere Stellen, und in einer Stelle mehrere §§. mit denselben Anfangsworten, so unterschied man sie ebenfalls durch Zahlen z. B. ff. quod metus l. metum i. ij. iij. für: l. 5. 6. 9 D. quod. met. caus. (4. 2.). Die drei Bücher de legatis der Digesten, welche nur Einen Titel bilden, unterschied man ebenfalls durch Zahlen: de legatis j. ij. iij. (lib. 30, 31, 32.) — Die Novellen citirte man nach der Rubrik des Titels, dem Capitel und der Zahl der Collation z. B. in autent. de filiis ante dotalia §. quia vero, colla iiij., statt nov. 19. c. 1, wie man jetzt citirt. Die Authentiken im Codex wurden durch Angabe der Titelrubrik und der Anfangsworte citirt, z. B. C. de judiciis, autent. ad haec. Heutigentags citirt man gewöhnlich: authent. ad haec in cod. de judiciis (3, 1.). Hat ein Titel nur eine einzige lex, so citirt man sie: L. un. (unica). Die Glossatoren citirten sie L. una. Zerfiel aber eine solche Stelle in §§., so citirten sie nur den §.; z. B. statt l. un. §. 5. cod. de caduc. toll. (6, 51) setzten sie: C. de caduc. toll. §. in novissimo. Die Justinianischen Constitutionen, welche den Digesten und dem Codex vorangehen, citirt man durch Anführung der Anfangsworte, also const. Deo auctore, const. Omnem reipublicae, const. Tanta, const. Haec, quae necessario const. Summa reipublicae, const. Cordi nobis. Einige derselben befinden sich aber auch im Codex selber, und zwar lib. I. tit. 17. — Uebrigens ist noch zu bemerken, daß man, wenn man andeuten will, daß ein zu beweisender Satz nicht geradezu

in einer Stelle steht, sondern nur auf denselben geschlossen werden kann, dieß durch arg. oder ar. (argumento) bezeichnet. Will man nicht auf einen ganzen §. oder eine ganze Stelle hinweisen, sondern nur auf einen einzelnen Satz oder gewisse Worte, so setzten die Glossatoren ver. oder versi (versiculo, versibus) oder: ibi, nebst den Anfangsworten des Satzes, oder den zu citirenden Worten; die Neueren setzen verb. oder in verb. (verbis, in verbis). Was nun noch B) die relative Citirart betrifft, so sind hier nur folgende Abbreviaturen zu bemerken: e., eo., eod. (eodem sc. titulo), auch h. t. (hoc titulo) zeigt an, daß man entweder eine andere Stelle des zuletzt citirten Titels desselben Werkes oder auch eine Stelle desselben Titels eines andern Werkes meint. J̈ oder infra zeigt an, daß man eine spätere Stelle desselben Titels oder einen spätern Titel desselben Werkes meint. S̈ oder supra zeigt an, daß man eine frühere Stelle desselben Titels oder einen früheren Titel desselben Werkes meint. S̈. tit. I. heißt bei den Glossatoren supra titulus primus, J̈. tit. I. = infra titulus primus. T. seq. heißt titulo sequenti. S̈. e. l. heißt bei den Glossatoren: siehe oben im nämlichen Titel die lex etc. (supra eodem, lex), J̈. e. l. heißt infra eodem, lex. — S̈. l. proxima heißt die gleichvorhergehende Stelle desselben Titels, J̈. l. proxima die gleich folgende Stelle desselben Titels. Ebenso S̈. ea. l. §. heißt: supra eadem lege §., J̈. ea. l. §. heißt infra eadem lege §. — d. l. heißt dicta lex, l. cit. heißt lex citata.

Zweites Buch.
Allgemeine Lehren.

Einleitung.

§. 73.

Der Zweck der in diesem zweiten Buche vorzutragenden allgemeinen Lehren ist Mittheilung derjenigen Vorkenntnisse, welche für das Verständniß des besondern Theiles nothwendig sind. Da jedoch die allgemeinen Begriffe von Recht, Rechtswissenschaft, Gerechtigkeit, positivem und natürlichem, einheimischem und recipirtem, öffentlichem und Privatrechte als zum Theil aus der juristischen Encyklopädie, zum Theil aus dem Naturrechte bekannt, vorausgesetzt werden; so sollen nur jene Begriffe und Eintheilungen hier erörtert werden, welche wirklich auch römisch und zum Theil den Römern eigenthümlich sind. Daher handelt der erste Abschnitt von allgemeinen Rechtsansichten der Römer, die folgenden Abschnitte aber geben Dasjenige, was zwar die Römer bei den einzelnen Lehren vortragen, was aber, als sich über alle einzelnen Lehren erstreckend, am zweckmäßigsten in einem allgemeinen Theile zusammengestellt wird.

Erster Abschnitt.
Allgemeine Rechtsansichten der Römer.

Jurisprudentia.

§. 1. Inst. de just. et jure (1. 1.). L. 10. §. 2. D. eod. (1. 1.)

§. 74.

Ulpian und nach ihm Justinian beschreibt die Jurisprudenz als die „divinarum atque humanarum rerum noti-

tia: justi atque injusti scientia." Die richtige Erklärung dieser oft verkannten Beschreibung beruht auf der Erkenntniß des Unterschiedes, welchen die Römer zwischen publicum und privatum jus machten.

Publicum und privatum jus.

§. 4. Inst. de just. et jur. (1. 1.). L. 1. §. 2. D. eod. (1. 1.).

§. 75.

Die Römer erkennen einen doppelten Zweck aller Rechtsnormen an: Erhaltung des Staats und Ordnung der bürgerlichen Verhältnisse. Daher sagt Ulpian und nach ihm Justinian: „duae sunt positiones: publicum et privatum. Publicum jus est, quod ad statum rei Romanae spectat: privatum, quod ad singulorum utilitatem." Auf diesen Unterschied zwischen publ. und priv. jus bezieht sich denn auch die Beschreibung der jurisprudentia. Diese hat Beides zum Gegenstande, und da Ulpian weiter sagt, der Gegenstand des publicum jus seyen die sacra, d. h. die sacerdotes und die magistratus, so bezieht sich die jurisprudentia zuerst auf das divinum (die sacerdotes) und humanum (die magistratus), sodann aber auf das justum et injustum (die singulorum utilitas). Daher ist die Beschreibung der jurisprudentia nichts weiter, als die der Wissenschaft, deren Gegenstand das publicum und privatum jus ist.

Jus naturale, gentium und civile.

Caj. I, 1. — §. 4. Inst. de just. et jur. (1. 1.). *Inst.* I, 2. De jure naturali gentium et civili. — *Dig.* I, 1. De just. et jure.

§. 76.

Das *privatum jus* besteht aus dreierlei Normen, ex naturalibus praeceptis, aut gentium, aut civilibus. Die ersten haben jene natürlichen Einrichtungen (jus naturale) zur Grundlage, welche den Menschen mit den Thieren gemein sind (jus naturale est, quod natura omnia animalia docuit). Die

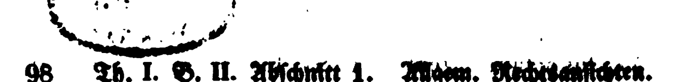
zweiten beruhen auf jenen Einrichtungen (jus gentium), welche insbesondere die Natur des im Staate lebenden Menschen fordert, und welche deßhalb nach der Ansicht der Römer bei allen Völkern angetroffen werden. Die dritten endlich beruhen auf der Eigenthümlichkeit des einzelnen, insbesondere des römischen Volkes, und bilden das jus proprium oder civile. Da nun jedes Volk seine Rechtsbestimmungen nicht nach Abstractionen bildet, sondern wohl lange Zeit braucht, ehe es sich seiner Eigenthümlichkeiten, als solcher, andern Völkern gegenüber bewußt wird, so ist es auch sehr erklärlich, daß die Römer lange Zeit das jus gentium, so weit davon ihr jus civile äusserlich abwich, und weil es in ihren Augen als positives Recht keinen höhern, ja höchst natürlich nicht einmal einen so hohen Werth haben konnte, als das jus civile, von sich abhielten, bis der größere Verkehr mit Einwohnern des römischen Reichs, deren Recht den Römern als jus gentium galt, Uebergänge aus diesem Peregrinenrechte in das jus Quiritium, und zwar hauptsächlich vermittelst des prätorischen Edicts (§. 27), nothwendig machte. — Ob nach Nationalansichten der Römer ein jus naturale, oder vielmehr ein jus naturae, eine naturae lex, d. h. ein Naturrecht im modernen Sinn existire, mag mehr als zweifelhaft seyn. Vielmehr scheint die Annahme eines solchen eher in den Ansichten einzelner Philosophen *a*), als in jenen des römischen Volks oder der Juristen als solcher gegründet zu seyn, und gewiß ist aequitas im römischen Sinne mehr als Billigkeit *b*), wie denn auch die juris praecepta (honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere) *c*) sich viel wahrscheinlicher auf das jus naturale, gentium und civile beziehen, und darum nicht als Forderungen eines von den Römern anerkannten Vernunftrechts betrachtet werden können. Ob ein solches

---

a) Z. B. *Cic.* de off. III, 17. — Sagt doch Theophilus, das jus gentium werde καταχρηστικῶς jus naturale genannt.

b) Man vergl. *Theophilus* I, 2. §. 5. II, 1. §. 39, wo er überall aequum mit δίκαιον wieder gibt.

c) §. 3. *Inst.* de just. et jur. (1. 1). L. 10. §. 1. D. eod. (1. 1).



existire, scheint sogar zwischen den Philosophen streitig gewesen zu seyn *d*).

Jus commune et singulare.

L. 14—16. D. de leg. (1. 3.). Vergl. auch Cicero in vielen Stellen z. B. *Brutus* 23. *pro Domo* 16. 17. 28. *Philipp.* II, 23. — *Cod.* I, 19. I, 21. Ut lite pendente, vel post provocationem, aut definitivam sententiam, nulli liceat imperatori supplicare. I, 22. Si contra jus vel utilitatem publ., vel per mendacium fuerit aliquid postulatum, vel impetratum.

§. 77.

Den Inbegriff dessen, was mit strengen Regeln des jus civile übereinstimmt, nennen die Römer *jus commune*. Im Gegensatz davon heißt *jus singulare* Alles, was contra tenorem rationis introductum oder contra rationem juris receptum, was also als auf Gründen der Politik oder der reinen Willkühr beruhend, von der Strenge des Rechts abweichend, wie eine Sonderbarkeit erklärt werden muß. Damit gleich bedeutend ist *privilegium* im weiteren Sinne, welches aber auch 1) in einem engeren Sinn jenes jus singulare bezeichnet, das zu Gunsten einer gewissen Classe von Individuen, juristischen Personen oder Verhältnissen gilt; während es 2) im noch engern Sprachgebrauch Ausnahmen von der Strenge des Rechts bezeichnet, die zu Gunsten oder zum Nachtheil einzelner Personen oder Verhältnisse durch gewisse Behörden geltend gemacht werden. Die engste Bedeutung von privilegium, in welcher es ehemals eine Vorschrift bezeichnete, die eine schon vollbrachte Handlung hinterher für ein Verbrechen erklärte und deßhalb eine ausserordentliche Verurtheilung veranlaßte, findet sich im Justinianischen Recht nicht mehr, wiewohl auch hier noch die jetzt sg. Cabinets-

d) *Cic.* de R. P. III, 8. Daß überhaupt der Begriff des jus naturae oder der naturae lex etwas sehr Schwankendes war, beweist besonders der Ausdruck jus gentium und consensio omnium gentium, den Cicero (de off. III, 5. Tuscul. I, 13.) als mit der natura oder lex naturae gleichbedeutend darstellt.



justiz für widerrechtlich, und Privilegien in dem unter Nro. 2 erwähnten Sinne, welche wohlerworbene Rechte verletzten, für ungültig erklärt sind.

Vorzug der neueren Rechtsvorschriften vor den älteren.

Ulp. I, 3. l. 32. §. 1. D. de leg. (1. 3.) l. 4. D. de const. princ. (1. 4.).

§. 78.

Daß die jüngere Rechtsvorschrift der älteren schon der Natur der Sache nach vorgehen müsse, würde sich von selbst verstehen, wenn es auch nicht im römischen Rechte besonders ausgesprochen wäre. Dabei kann es denn auch an sich nicht darauf ankommen, ob die neuere Vorschrift von der gesetzgebenden Gewalt ausgesprochen oder aus der Gewohnheit (desuetudo) zu erkennen ist. Das Verhältniß der neueren Vorschrift zur älteren kann aber der Art seyn, daß diese durch jene entweder gänzlich, sey es durch bloßes Aufheben (abrogare), sey es durch Verordnung dessen, was den Inhalt der älteren Vorschrift von selbst aufhebt (obrogare), oder theilweise aufgehoben wird (derogare, wobei auch wieder ein obrogare möglich ist), was auch darin liegen kann, daß der älteren Vorschrift eine neue Bestimmung hinzugefügt wird (subrogare). —

Von der Rückwirkung der Gesetze.

Vergl. l. 65. cod. de decurion. (10. 31.). l. 7. cod. de leg. (1. 14). Nov. 22. c. 1. Nov. 66. c. 1. §. 4. etc.

§. 79.

Im neueren Recht ist der Grundsatz oft und klar ausgesprochen, daß neue Gesetze (in diesem Sinne) nicht rückwärts angewandt werden sollen, es müßte denn die Absicht der gesetzgebenden Gewalt, daß das neue Gesetz rückwirkende Kraft haben solle, bewiesen werden können; wobei aber auch in diesem Fall schon entschiedene Streitpunkte und durch Vergleich oder Erfüllung beendigte Rechtsverhältnisse ausgenommen seyn sollen.

Zweiter Abschnitt.

Von den Personen.

I. Begriff der Person.

Caj. I, 9. pr. Inst. de jure personarum (1. 3.). *Dig.* I, 5. de statu hominum.

§. 80.

Person ist jedes Individuum, oder doch als Individuum Gedachte, welches Subject von Rechtsverhältnissen seyn kann. Da es Menschen giebt, welche nicht Personen (Sclaven), und Personen, welche als solche nicht Menschen sind, so ist der Begriff des Menschen und jener der Person juristisch nicht identisch. Hiernach giebt es zwei Arten von Personen; solche, die es ihrer physischen und solche, die es ihrer juristischen Beschaffenheit nach sind und respective seyn können — physische und juristische Personen. Bei den erstern giebt es wieder dem Begriff der Person nach physische Erfordernisse zur Persönlichkeit und juristische.

II. Von den physischen Personen.

A. Physische Erfordernisse der Persönlichkeit.

L. 12. 14. D. de statu hominum (1. 5.). l. 9. 18. 22. 23. D. de reb. dub. (34. 5.).

§. 81.

Damit die physische Person als solche betrachtet werden könne, muß sie 1) Mensch seyn, also im Wesentlichen unserer Gattung. Eine im Ausserwesentlichen fehlerhafte Beschaffenheit schadet nicht (ostentum). Wesentliche Mängel bilden eine Mißgeburt (monstrum), welche keine Persönlichkeit hat. Sie muß 2) als Mensch geboren seyn. Das Erzeugte, aber noch nicht Geborne ist Theil der Mutter (uterus, venter, qui in utero est, qui in ventre est), und wird nur insofern als Mensch betrachtet, als es sich von seinem Vortheile handelt,

wobei sogar auf die Möglichkeit der künftigen Geburt von Drillingen Rücksicht genommen wird (§. 431). Das Geborne muß 3) **lebendig** geboren seyn, d. h. sein Leben ausser der Mutter muß sich auf irgend eine Weise zu erkennen gegeben haben. Das Geborne muß 4) **lebensfähig** geboren seyn, sonst ist es abortus, der keine Rechtsfähigkeit hat. Die vor dem 182ten Tage nach der Zeugung geborne Leibesfrucht wird juristisch nicht als Mensch angesehen. — Da das Leben Erforderniß der Persönlichkeit ist, so hört diese mit jenem auf. Doch muß der Tod einer Person von Demjenigen erwiesen werden, der Rechte auf denselben gründen will. Sterben mehrere Personen, von denen man nicht weiß, wer von ihnen früher gestorben ist, so darf in der Regel von keiner vermuthet werden, daß sie vor der andern gestorben sey. Sterben aber Eltern und Kinder zugleich eines gewaltsamen Todes, so vermuthet man, daß die mündigen Kinder nach, die unmündigen vor den Eltern gestorben seyen.

B. Juristische Erfordernisse der Persönlichkeit.

Caj. I, 9. seq. *Ulp.* I — V. *Inst.* I, 3. De jure personarum. 4. De ingenuis 5. De libertinis. *Dig.* I, 5. De statu hominum.

1. Vom status.

Caj. I, 48. seq. *Ulp.* IV. V. *Inst.* I, 8. *Dig.* I, 6. De his, qui sui vel alieni juris sunt.

§. 82.

Status, oder, was damit gleichbedeutend ist, *caput*, heißt bei den Römern derjenige Zustand einer Person, von welchem juristisch ihre vollkommene oder unvollkommene Rechtsfähigkeit abhängt. Die Lehre vom status hat indessen im neuesten römischen Recht bedeutende Modificationen erhalten. Doch erkennt auch dieses noch einen dreifachen status an, und zwar so, daß der eine als Erforderniß des andern erscheint. Der status bezieht sich nämlich 1) auf die *libertas*. Alle Menschen sind entweder **Freie** (liberi) oder **Sclaven** (servi); die Freien sind wieder entweder **freigeboren** (ingenui) oder **freigelassen** (libertini). 2) Auf die *civitas*. Die freien Menschen

sind entweder römische Bürger (cives) oder nicht (peregrini). Die im älteren Rechte so bedeutenden Mittelstufen zwischen beiden sind im Justinianischen unwichtig. 3) Auf die *familia*. Der römische Bürger ist entweder alieno juri subjectus s. filiusfamilias oder sui juris s. paterfamilias, je nachdem er unter der väterlichen Gewalt eines Andern steht oder nicht. Der Unterschied zwischen civis und peregrinus hört im Justinianischen Rechte factisch ganz auf, und über die Bedeutung der libertas und familia siehe unten §. 347 ff. §. 301.

2. Von der capitis diminutio.

Caj. I, 158—164. *Ulp.* XI, 9—13. *Inst.* I, 16. De cap. diminutione *Dig.* IV, 5. De capite minutis.

§. 83.

Auf das dreifache caput, wie es im vorigen §. beschrieben ist, bezieht sich eine dreifache capitis diminutio, d. h. das Aufhören der mit einem status verbundenen Rechtsfähigkeit. Die Verwandlung eines Freien in einen Sclaven heißt maxima oder auch magna, die Verwandlung eines civis in einen Nichtcivis heißt media s. minor, und das Aufhören gewisser Familienrechte, verbunden mit dem Eintritt in das nur dem älteren Recht angehörige Verhältniß des mancipium, heißt minima capitis diminutio. Ueber die erstere siehe §. 348; die media kommt im Justinianischen Recht nicht mehr vor; über die minima siehe §. 340 ff.

C. Verschiedenheit der physischen Personen.

1. Nach dem Geschlechte.

L. 10. D. de statu homin. (1. 5.).

§. 84.

Die Menschen sind entweder Männer oder Weiber. Sg. Zwitter (hermaphroditi) gehören zu dem bei ihnen vorherrschenden Geschlechte. Die Verschiedenheit der Rechtsfähigkeit zwischen Männern und Weibern bezieht sich meistens auf das öffentliche Recht. Doch finden sich auch im Privatrechte Unterschiede (z. B. §. 412).

2. Nach der Gesundheit.

L. 104. §. 2. l. 113. 128. D. de V. S. (50. 16). *Dig* XXVII, 10. De curatorib. furioso et aliis extra minores dandis.

§. 85.

Hinsichtlich der Gesundheit sind die Menschen entweder körperlich und geistig gesund oder krank. Ist die Krankheit eine heilbare, so heißt sie morbus, ist sie eine unheilbare, also ein Gebrechen, so heißt sie vitium. Besonders werden vitia hinsichtlich der Fortpflanzungsfähigkeit berücksichtigt. Von Geisteskranken werden besonders hervorgehoben: 1) die furiosi, d. h. die des Gebrauches ihres Verstandes durch Ueberspannung verlustig Gewordenen. Haben sie lichte Zwischenräume (intervallum furoris), so sind sie in diesen den Gesunden ganz gleich. 2) Die mente capti, d. h. Blödsinnige oder Kindische, welche keine lichte Zwischenräume haben. 3) Taubstumme, welche in manchen Beziehungen den furiosis gleichstehen. 4) Prodigi (quibus bonis interdictum est), d. h. erklärte Verschwender, welche den furiosis gewissermaßen gleichstehen.

3. Nach dem Alter.

Caj. I, 196. *Ulp.*. XI, 28. pr. Inst. quib. mod. tut. finit. (1. 22.). — L. 1. D. de minor. (4. 4). — l. 1. §. 2. D. de admin. et per tut. (26. 7). l. 18 pr. §. 4. cod. de jure deliber. (6. 30). — *Caj.* III, 109. 208. §. 10. Inst. de inut. stip. (3. 19 (20). §. 18. Inst. de obl., quae ex del. (4. 1.)

§. 86.

Das Alter ist hinsichtlich der Handlungsfähigkeit vielfach wichtig. Die Menschen sind nämlich entweder mündig (puberes) oder unmündig (impuberes), je nachdem sie als Männer das vierzehnte, als Weiber das zwölfte Jahr zurückgelegt haben oder nicht. Die Menschen sind ferner entweder volljährig (majores XXV. annis, majores) oder minderjährig (minores XXV. annis, minores, auch, wenn sie mündig sind, adulti, adolescentes), je nachdem sie ohne

Unterschied des Geschlechts das fünfundzwanzigste Jahr zurückgelegt haben oder nicht. Bei den Unmündigen kommen noch die Ausdrücke infans (bis zum vollendeten siebenten Jahr), infantia major und zwar entweder infantiae oder pubertati proximus, je nachdem sie der Kindheit oder Mündigkeit näher stehen, vor.

4. Nach der Verwandtschaft.

Caj. I, 64. 156. III, 10. *Ulp.* XI, 4. *Paul.* IV, 11. *Inst.* III, 6. De gradib. cognatorum *Dig.* XXXVIII, 10. De gradib. et adfinib., et nominib. eorum. *Cod.* V, 27. De naturalib. liber etc.

a) Natürliche und nachgebildete Verwandtschaft.

§. 87.

Die Verwandtschaft macht zwar niemals absolut, aber doch oft im Verhältniß zu gewissen Personen handlungs- und rechtsfähig oder unfähig. Die natürliche Verwandtschaft ist entweder **Blutsverwandtschaft** oder **Schwiegerverwandtschaft**. Beiden liegt zum Grunde eine auf dem Geschlechtstriebe beruhende Verbindung zwischen zwei Personen verschiedenen Geschlechts. Nur wenn das Resultat dieser Verbindung eine Zeugung und Geburt ist, entsteht Blutsverwandtschaft. Die Schwiegerverwandtschaft dagegen (affinitas in diesem Sinne) ist das Verhältniß der Blutsverwandten des einen Gatten zum andern. — Der natürlichen Verwandtschaft ist eine andre, die sg. **bürgerliche** oder **fingirte** nachgebildet. Sie wird durch die verschiedenen Arten der Adoption (§. 341. ff.) und auch schon im römischen Rechte durch sg. Gevatterschaft begründet. Die jetzt sg. Stiefverwandtschaft ist gar keine Verwandtschaft.

b) Cognatio und Agnatio.

(Besonders §. 1. Inst. de legit agnat. tut. (1. 15.). l. 10. §. 1 — 9. D. de grad. (38. 10). l. 195. §. 2. D. de V. S. (50. 16.)

§. 88.

Hauptsächlich im ältern römischen Recht, aber nach gewissen Beziehungen auch noch im neuern, ist der Gegensatz von agnatio

und cognatio bedeutend. Jene (legitima cognatio) gründet sich lediglich auf das jus civile, diese zunächst auf das jus gentium, wiewohl sie sich auch von der Blutsverwandtschaft als solcher unterscheidet. Die agnatio beruht nämlich auf der römischen Familienverbindung durch väterliche Gewalt, und was dieser im ältern Rechte gleichsteht. Die cognatio dagegen kann zwar ebenfalls auf bloß juristischem Wege entstehen, denn alle agnati sind zugleich cognati, sie existirt indessen auch unter bloßen Blutsverwandten, ohne Rücksicht auf agnatio. Diese letztere findet im neuesten Recht nicht nur zwischen dem parens und Denjenigen statt, welche sich in seiner potestas befinden, sondern agnati sind auch alle Diejenigen gegenseitig, welche zur Zeit unter derselben väterlichen Gewalt stehen oder doch noch stehen würden, wenn dieselbe nicht durch Tod aufgelös't wäre. Ob die väterliche Gewalt durch Zeugung entstanden ist oder durch Adoption, ist gleichgültig. Nur hört im letztern Falle mit der väterlichen Gewalt nicht nur die Agnation überhaupt und zwischen Jenen auf, die ihr vorher neben einander unterworfen waren, sondern auch die durch jene Agnation begründete Cognation. (Taf. A. Fig. I.)

c) Linien und Grade der Verwandtschaft.

Paul. Sent. IV, 11. *Inst.* h. t. l. 9. 10. §. 9—18. D. h. t. Nov. 118. praef. c. 1—3.

§. 89.

Stammen Blutsverwandte (cognati, auch wohl consanguinei) von einander unmittelbar oder mittelbar ab, so bildet sich der Begriff der geraden Linie (sg. linea recla), und diese ist entweder aufsteigend (superior linea, superior cognatio, superiores gradus, ascendentes gradus), wenn man vom Erzeugten (Descendent) zum Erzeuger (Ascendent) hinaufgeht, oder absteigend (inferior linea, inferior cognatio, inferiores gradus), wenn man vom Ascendenten auf den Descendenten herabgehet. Stammen Blutsverwandte unmittelbar oder mittelbar von einem gemeinschaftlichen Dritten ab, so bildet sich der Begriff von Seitenlinie (transversa linea, ex obliquo linea,

a latere linea) und Seitenverwandten (Collateralen). Sowohl in der Seitenlinie als in der geraden giebt es nähere und entferntere Blutsverwandten; die Bestimmung der Nähe oder Ferne geschieht nach Graden, d. h. nach der Zahl von Zeugungen, welche zwischen dem Einen und dem Andern liegen. Was man jetzt mit dem im Mittelalter gebildeten Ausdrucke „respectus parentelae" bezeichnet, ist das Verhältniß von zwei Collateralen, von denen der Eine unmittelbar unter dem gemeinschaftlichen Stammvater oder der gemeinschaftlichen Stammmutter steht, der Andere aber in entfernterem Grade, und darf nicht mit dem verwechselt werden, was die Römer parentum liberorumve loco esse nennen, indem dieser römische Ausdruck zwar allerdings auch jenes Verhältniß, ausser ihm aber noch manches Andere bezeichnet. Was hier übrigens von gerader, aufsteigender und absteigender, von der Seitenlinie und den Graden der Blutsverwandtschaft gesagt ist, gilt eben so von der Schwiegerverwandtschaft. (Taf. A. Fig. II — VIII.)

e) Vollbürtige und halbbürtige — einfache und mehrfache Verwandtschaft.

Caj. III, 10. 14. §. 1. 3. 4. Inst. de leg. agn. success. (3. 2.). l. 27. cod. de inoff. test. (3. 28.).

§. 90.

Bei der Seitenlinie ist eine vollbürtige und eine halbbürtige Verwandtschaft zu unterscheiden. Jene findet statt, wenn Geschwister beide Eltern (im spätern Latein: germani, bilaterales); diese, wenn Geschwister nur Eines der Eltern gemeinschaftlich haben (unilaterales), und zwar heissen sie jetzt, wenn dieß der Vater: consanguinei, wenn es die Mutter ist: uterini. — Mit der vollbürtigen ist die mehrfache Verwandtschaft nicht zu verwechseln, welche auch in der geraden Linie vorkommen kann, und darin besteht, daß Jemand mit einer Person auf verschiedenen Wegen verwandt ist. Auch auf die Schwiegerverwandtschaft passen diese Unterscheidungen, sind aber hier nicht von rechtlichem Einflusse. (Taf. A. Fig. IX — XVIII.)

f) Eheliche und uneheliche Verwandtschaft.

l. 23. D. de statu homin. (1. 5.).

§. 91.

Ist die Bluts- oder Schwiegerverwandtschaft durch eine eheliche Geschlechtsverbindung begründet, so ist die Verwandtschaft eine eheliche, sonst eine uneheliche. Hinsichtlich der Mutter und deren Verwandten stehen die unehelichen Verwandten den ehelichen in der Regel gleich, nicht aber hinsichtlich des Vaters. Was insbesondere uneheliche Kinder betrifft, so sind diese entweder naturales libri, wenn sie im Concubinat (§. 331), oder sg. incestuosi, wenn sie durch Incest (§. 305), oder sg. adulterini, wenn sie im Ehebruche, oder vulgo concepti s. spurii, wenn sie auf andere Weise ausser der Ehe erzeugt sind.

5. Nach der Religion.

Cod. I, 5. De haereticis et manichaeis et samaritis. 7. De apostatis. 9. De judaeis et coelicolis. 11. De paganis etc. *Nov.* 131. c. 1. und viele andere Verordnungen in den Novellen, welche in das öffentliche Recht einschlagen.

§. 92.

Die Verschiedenheit der Menschen nach der Religion hat nach Justinianischem Rechte vielfach Einfluß auf das Privatrecht. Die Menschen sind aber entweder Christen (fideles) oder nicht (infideles). Zu Letztern gehören denn auch die Juden und Heiden (pagani in diesem Sinne). Die Christen sind entweder orthodoxi s. catholici oder heterodoxi s. haeretici, je nachdem sie die von den vier ökumenischen Synoden (Nicäa 325 — Constantinopel 381 — Ephesus 431 — Chalcedon 451) ausgesprochenen Dogmen anerkennen oder nicht. Die vom christlichen Glauben Abgefallenen (apostatae in diesem Sinne) sind im Justinianischen Rechte besonders hervorgehoben.

6. Nach der Ehre.

Dig. III, 2. De his qui notantur infamia. l. 5. §. 1 — 3. D. De extraordinariis cognitionib. (50. 13.). l. 42. l. 103. D. de V. S. (50. 16). *Cod.* II, 12. Ex quib. caus. infamia irrogatur. X, 57. De infamibus.

a) Von der existimatio.

§. 93.

Ehre (in diesem Sinn) besser: guter Ruf (existimatio, opinio, fama, dignitas) ist die Achtung, die Jeder ansprechen kann, der sich durch Lebensart oder Handlungen nicht Verachtung zugezogen hat. Ist diese Achtung verwirkt, so sind damit gewisse privatrechtliche Wirkungen verbunden, wobei man aber folgendermaßen unterscheiden muß: Bei den Römern war die existimatio ein Attribut der libertas; mit dieser wurde jene erworben und verloren, daher enthielt die maxima capitis diminutio (§. 83.) zugleich die Verwirkung der existimatio (exist. consumitur). Ausser dieser vollständigen Verwirkung kommt aber auch eine bloße Schmälerung der existimatio vor (exist. minuitur), wobei die libertas bleibt und selbst die civitas nicht immer verloren geht, welche daher existimationis poena heißt und in der Regel in jeder öffentlichen Strafe enthalten ist. Eine eigne Art dieser Ehrenstrafen ist die infamia (infamiae nota), welche ursprünglich nur eine factische ignominia war, sich aber als eigne Strafe später von dieser unterschied, und gewisse nachtheilige Wirkungen, besonders durch das prätorische Edict hatte, welche im neuesten Recht mit der ignominia (sg. infamia facti) nicht verbunden sind, obgleich auch diese noch manche Wirkungen hat (z. B. §. 446). Die nota des Censor, welche mit der infamia nicht gleichbedeutend war, aber ebenfalls eine Schmälerung der existimatio enthielt, kommt im neuesten Rechte nicht mehr vor, wohl aber die levis nota (sg. levis notae macula) d. h. eine durch Herkunft oder Gewerbe begründete geringere existimatio. Im Allgemeinen heißt Jeder, dessen existimatio nicht vollständig ist, turpis persona.

b) Gründe und Wirkungen einer geschmälerten existimatio.

§. 94.

Was hier 1) die gänzliche Verwirkung der existimatio betrifft, so ist sie mit jeder maxima capitis diminutio, daher auch mit jeder capitis poena verbunden. 2) Die Gründe der infamia werden gelegentlich vorkommen, und diejenigen, welche hier zusammengestellt werden könnten, fallen alle dem Criminalrecht anheim. Nur das Allgemeine ist zu bemerken, daß bei gewissen Gründen der infamia eine Verurtheilung nicht nothwendig ist, wie bei einem schändlichen Gewerbe, bei andern Gründen aber die infamia erst nach geschehener Condemnation eintreten kann, (was man — wohl unpassend — jetzt mit inf. mediata und immediata bezeichnet). — Was die Wirkungen der infamia betrifft, so gehören diese hauptsächlich in das öffentliche Recht und den Proceß. Die allgemeinste Wirkung ist nach Justinianischem Recht die Ausschließung von jedem feierlichen Act, besonders vor Gericht, wiewohl infames zu gerichtlichem Zeugniß zwar fähig, aber suspect sind. In das Privatrecht einschlagende Wirkungen werden gelegentlich vorkommen. 3) Die ignominia oder sg. infamia facti hat im Ganzen nichts juristisch Eigenthümliches, und nur wo zu einem Geschäft oder zur Erwerbung eines Rechts unbescholtene Leute gefordert werden, können Uebelberüchtigte ausgeschlossen werden. 4) Die levis nota entsteht durch Abstammung von Histrionen und Pantomimen, so wie von Freigelassenen, und bei dem carnifex durch sein Gewerbe. Im Privatrecht ist sie nur wichtig hinsichtlich der Erbeseinsetzung. (§. 446.)

III. Von den juristischen Personen.

A. Im Allgemeinen.

§. 95.

Juristische Person pflegt man Alles zu nennen, was als rechtsfähiges Subject ausser den einzelnen physischen Personen betrachtet wird. Was nun I. den gewöhnlichsten Fall betrifft,

in welchem eine juristische Person existirt, so ist dieß die Verbindung mehrerer physischen Personen, welche als Verbindung rechtsfähiges Subject ist. Dabei unterscheidet man eine gleichzeitige und eine successive Verbindung. A) Zur gleichzeitigen rechnet man 1) den Vater mit allen unter seiner patria potestas befindlichen Personen. Obgleich diese Einheit der Personen im neuesten Rechte bedeutend modificirt ist, so kommen doch noch Folgen davon vor (z. B. §. 412); 2) den Fall einer correorum obligatio (§. 223); 3) die universitas (§. 96). B) Von dem Falle, daß mehrere Personen, welche successiv in dasselbe Rechtsverhältniß eintreten, als juristische Person angesehen werden, kommen nur sehr beiläufig Beispiele im römischen Rechte vor. Man rechnet gewöhnlich dahin 1) die mehreren Personen, welche nach einander dasselbe Staatsamt bekleiden, daher auch den Regenten. 2) Wenn mehrere Personen successiv dieselbe Sache besitzen, mit deren Besitz gewisse Rechte verbunden sind, wiewohl hier die Römer die Sache selbst als das berechtigte Subject nennen. 3) Erblasser und Erbe betrachtet man ebenfalls als eine juristische Person (§. 461). II. Aber auch abgesehen von einer Verbindung mehrerer physischen Personen nimmt man juristische Personen an. Dahin rechnet man besonders A) den Fall, daß ein ganzes Vermögen als rechtsfähiges Subject betrachtet würde. Hiebei erwähnt man 1) die sg. hereditas jacens (§. 453). 2) Die Gantmasse. 3) Den Fiscus (§. 97). B) Auch betrachtet man milde Stiftungen als juristische Personen (§. 98.). —

B. Von Gemeinheiten insbesondere.

Dig. III, 4. Quod cujuscunque universitatis nomine vel contra eam agatur. XLVII, 22 de colleg. et corp. L, 1. Ad municipalem etc. l. 160. §. 1. D. de R. J. (50. 17).

§. 96.

Gemeinheit (universitas, wohl auch collegium, corpus, societas — in diesem Sinne) ist eine vom Staat als juristische Person anerkannte oder als solche durch ihn entstandene

Verbindung mehrerer physischen Personen zu einem bestimmten Zweck. Im römischen Reich hat sich der Begriff der universitas wohl zunächst bei Gelegenheit kleinerer Republiken gebildet, welche sich unter den Schutz oder die Oberherrschaft des römischen Volks stellten, und der so entstandene Begriff wurde dann auch auf eine Reihe andrer Corporationen ausgedehnt. Das Wesentliche bei allen ist die Anerkennung des Staats, die Unterscheidung der juristischen Person von den einzelnen Mitgliedern, und die Entscheidung über alle Gemeinheitsangelegenheiten durch Stimmenmehrheit. Alles Uebrige hängt von der besondern Verfassung der einzelnen Gemeinheit, von ihrem Zweck und von den besondern Bestimmungen bei ihrer Entstehung ab, und es ist daher grundlos, wenn man das bei einzelnen Gemeinheiten Geltende als nach römischem Rechte für alle geltend betrachtet. Hierher gehört insbesondere die Bestimmung, daß zu einem Beschlusse des decurionum ordo zwei Drittheile der Mitglieder anwesend erfordert werden, und vielleicht selbst die Bestimmung, daß zur Entstehung einer Gemeinheit wenigstens drei Mitglieder nothwendig seyen, wenn man dieß so nimmt, als ob die Staatsgewalt hieran gebunden sey. Ueberdieß sind die meisten Verhältnisse hier Gegenstand des öffentlichen Rechts.

C. Vom Fiscus.

Frag. vet. Icti de jure fisci. *Paul.* V, 12. *Dig.* XLIX, 14. *Cod.* X, 1. De jure fisci.

§. 97.

Unter Fiscus versteht man das Staatsvermögen als juristische Person. Ursprünglich hieß es aerarium oder auch populus schlechthin, wogegen fiscus theils das Vermögen des Kaisers, theils das vom Kaiser verwaltete Staatsvermögen bezeichnete. Der Fiscus ist im spätern römischen Rechte vielfach bevorrechtet, weßhalb man in Streitigkeiten der Bürger mit demselben im Zweifel gegen ihn zu sprechen pflegte. Einzelne Privilegien kommen gelegentlich vor. Ihn als juristische

Person zu behandeln, ist kein Grund, da er ein Vermögen ist, welches sein bestimmtes Subject hat. Man könnte mit eben dem Grunde das Vermögen jeder Privatperson als selbstständiges Subject betrachten.

D. Von milden Stiftungen.

Cod. I, 3. De episc. et cleric. et orphanotrophis. etc. *Nov.* 120.

§. 98.

Die Kirche, als solche, hat durch die Constitutionen christlicher Kaiser den Charakter einer universitas erhalten. Verschieden hievon behandelt man meistens milde Stiftungen, d. h. Anstalten zur Beförderung kirchlicher oder gemeinnütziger Zwecke, und fordert dafür immer die Genehmigung des Staats. Allein milde Stiftungen gehen entweder auf die Errichtung einer neuen, noch nicht vorhandenen universitas; dann bedürfen sie wie jede universitas der Genehmigung des Staats, oder sie werden zum Besten einer schon bestehenden universitas, also der Kirche oder anderer Gemeinheiten gemacht, dann sind diese das Subject derselben und nirgends erscheinen piae causae als solche wie juristische Personen.

Dritter Abschnitt.

Von den Sachen.

Ueberhaupt *Inst.* II, 1. De rerum divisione etc.

I. Begriff der Sache.

L. 23. D. de V. S. (50. 16). l. 32. D. de R. J. (50. 17.).

§. 99.

Sache (res, in diesem allgemeinen Sinn) ist als Gegensatz von Person Alles — also auch der Mensch, wenn er nicht Person ist —, was nicht selber Subject eines Rechtsverhältnisses seyn kann, sondern nur Object.

II. Res in patrimonio und extra patrimonium.

Caj. II, 2—11. pr. §. 1—10. Inst. h. t. *Dig.* I, 8. De divisione rerum et qualitate.

§. 100.

Die Sachen befinden sich entweder in unserm Vermögen, oder sind res nullius. Die letztern sind entweder res divini oder res humani juris *a*). I. Zu den erstern gehören: A) *sacrae res* d. h. mit dem öffentlichen Gottesdienst in unmittelbarer Verbindung stehende und dazu eingeweihte Sachen. B) *Religiosae res* d. h. Grundstücke, worin Todte begraben sind. C) *Sanctae res* d. h. Sachen, welche weder sacrae res sind noch profanae, sondern nur unverletzbar, wie Stadtthore und Mauern. II. Zu den letztern gehören: A) *communes res omnium*, weil sie sich im Gebrauch aller Menschen befinden, wie Luft, fliessendes Wasser, Meer und Meeresküste. B) *Publicae res*, mag man darunter Sachen des Staats oder Sachen verstehen, welche dem Gebrauch aller Staatsmitglieder offen sind, wie öffentliche Flüsse und Landstrassen. C) *Universitatis res* und zwar wiederum entweder Sachen der universitas als einer juristischen Person, von deren Gebrauche daher die einzelnen Mitglieder ausgeschlossen sind, oder Sachen, die sich im Gebrauch aller Mitglieder einer universitas befinden, wie Strassen und Theater einer Stadt. D) Solche Sachen, welche erst durch Besitzergreifung in das Eigenthum einer Person kommen. E) Sachen einer Erbschaft, ehe diese der Erbe angetreten hat.

---

a) Zu bemerken ist, daß die Eintheilung in res divini und res humani juris in unsern Quellen auch als Haupteintheilung vorkommt, wobei dann die res in patrimonio und die res nullius die Unterabtheilung bilden, obgleich auch bei dieser Eintheilungsweise darauf hingewiesen wird, daß die res divini juris zugleich res nullius seyen. *Caj.* II, 9. l. 1. pr. D. h. t.

III. Sachen ausser dem Verkehr.

§. 5. Inst. de E. et V. (3. 23 (24)). §. 4. Inst. de legat. (2. 20). §. 2. Inst. de inut. stip. (3. 19 (20)). l. 6. pr. D. de contrab. emt. (18. 1). l. 34. D. de V. O. (45. 1). l. 39. §. 10. l. 40. D. de legat. I (30). l. 49. §. 3. D. de legat. II. (31). l. 3. D. de vacat. (50. 5).

§. 101.

Eine andere Eintheilung der Sachen, welche mit jener des vorigen Paragraphen in einigen Beziehungen zusammenfällt, im Ganzen aber dennoch von ihr verschieden ist, geht darauf, ob Sachen im Verkehr sind oder nicht (quorum commercium non est). Das Letztere ist entweder in der Art der Fall, daß die Sachen dem Privatverkehr gänzlich entzogen sind, oder in der Art, daß sie nur von gewissen Personen nicht erworben werden können (quod non habere ei licet). Gänzlich dem Privatverkehr entzogen sind die res divini juris, und von den res humani juris die communes, die publicae, die universitatis res. Beispiele von Sachen, welche nur relativ dem Verkehr entzogen waren, sind Schiffe, Waffen. Uebrigens giebt es res extra patrimonium, welche nicht dem Verkehr entzogen sind, und dem Verkehr, wenigstens relativ, entzogene Sachen, welche in patrimonio sind.

IV. Res corporales et incorporales.

Caj. II, 12—14. *Inst.* II, 2. De reb. corporalib. et incorporalib. l. 1. §. 1. D. de divisione rer. (1. 8.).

§. 102.

Die Römer unterschieden ausdrücklich Sachen, welche sind, was wir allein unter Sachen zu verstehen pflegen (körperliche Sachen, res quae sunt, res quae tangi possunt, corpora, res corporales), und Sachen, welche nicht *sind*, welche daher nur (juristisch) gedacht werden (unkörperliche Sachen, res quae intelliguntur — quae tangi non possunt, res incorporales). Zu den letztern zählen sie ausdrücklich nur *Rechtsverhältnisse*, wohl aber auch, wie manche Zusammenstellungen be-

weisen (z. B. re contrahitur obligatio §. 230) Handlungen. Nimmt man nun einmal den allgemeinen Begriff von Sache mit den Römern an, so lassen sich unter den Begriff von unkörperlichen Sachen noch andere subsumiren, von welchen freilich die Römer nirgends sagen, sie seyen incorporales (§. 105. 106).

V. Bewegliche und unbewegliche Sachen.

Vergl. l. 211. D. de V. S. (50. 16). l. 1. §. 1. D. usufr. quemadm. cav. (7. 9). l. 1. §. 4—8. l. 3. §. 15. D. de vi (43. 16). l. 60. D. de A. R. D. (41. 1). — l. 8. D. de R. V. (6. 1). l. 25. §. 1. D. de V. S. (50. 16).

§. 103.

Unbeweglich (res immobiles, res soli) sind nach den juristischen Ansichten der Römer nur die begränzten Theile der Erdoberfläche, und die mit derselben der Art organisch oder künstlich verbundenen Sachen, daß so lange diese Verbindung dauert, eine willkührliche Trennung juristisch nicht möglich ist, so wie die sg. Pertinentien der unbeweglichen Sachen. Alle andere Sachen sind beweglich (res mobiles), sollte auch eine physische Bewegung derselben ohne Gefahr für ihre Existenz nicht möglich seyn. Hienach gehören zu den unbeweglichen Sachen 1) die begränzten Theile des Erdbodens, 2) die mit dem Erdboden organisch verbundenen Sachen, 3) die auf dem Erdboden ruhenden wirklich unbeweglichen Gebäude, 4) Alles unter dem Erdboden nicht durch Willkühr befindliche, wie Steine, Metalle, Quellen 2c. — Die Eintheilung in bewegliche und unbewegliche paßt übrigens an sich nur auf körperliche Sachen. Mit derselben hängt die in theilbare und untheilbare Sachen zusammen. Die Theilbarkeit ist aber juristisch betrachtet eine doppelte, je nachdem eine Sache wirklich in Theile zerlegt werden kann (pro diviso), oder die Theile einer Sache bloß intellectuelle (Bruchtheile, pro indiviso) sind. Bewegliche Sachen sind bloß intellectuell, unbewegliche sind auch reell theilbar.

VI. Selbstständige und Nebensachen.

Vergl. *Dig.* XIX, 1. De actionib. E. et V. XXXIII, 7. De instructo vel instrumento legato. XXII, 1. De usuris, et fructibus et causis et omnib. accessionib. etc. *Cod.* VII, 51. De fructibus etc.

§. 104.

Gehören mehrere Sachen zusammen, so unterscheidet man selbstständige Sachen, die physisch oder juristisch für sich allein betrachtet werden können, und Nebensachen, welche entweder physisch nur durch andere Sachen existiren, oder im gemeinen Leben, wie in der juristischen Betrachtung nur als Theile zu einer andern sich verhalten (omnis causa). Dahin sind zu rechnen: 1) Früchte und was ihnen rechtlich gleich gestellt ist. Fructus ist im Sinne des römischen Rechts im Verhältniß zur Hauptsache das körperlich und organisch aus ihr Erzeugte (sg. fructus naturalis). Den Früchten gleich gestellt ist Alles, was man von einem Andern wegen Entbehrung des Genusses und des Gebrauches einer Sache erhält (sg. fructus civilis). 2) Andere Zubehörungen (accessio). Der Ausdruck accessio hat eine sehr allgemeine Bedeutung, indem darunter mit Ausnahme der Früchte alles zu verstehen ist, was als Nebentheil einer Sache erscheint *a*). Insbesondere kann man von den Accessionen die Pertinentien herausheben, d. h. Sachen, welche willkührlich aber bleibend als Theile anderer gedacht werden, ohne körperlich mit ihnen zusammen zu hängen (fundi, aedium, aedificii esse, haberi) *b*).

---

a) Doch kommt der Ausdruck auch für Rechte und selbst für Personen vor.

b) Nicht hierher gehören Verwendungen (impensae, expensae), welche freilich im Proceß unter omnis causa eben so zu subsumiren sind, wie Schadensersatz und Interesse.

VII. Genus und species.

L. 54. pr. D. de V. O. (45. 1). l. 2. §. 1. D. de R. C. (12. 1). pr. Inst. quib. mod. re contrahit. obl. (3. 14 [15]). *Dig*. VII, 5. De usufructu earum rerum, quae usu consumunt. vel minuuntur.

§. 105.

Der einzelnen körperlichen Sache (species) steht die Gattung gegenüber (genus). Ist nun eine Sache nicht ihrer species, sondern nur ihrem Genus nach bestimmt, so ist sie in der That eine unkörperliche Sache, wiewohl sie die Römer nicht so nennen *a*). Es giebt aber Sachen, welche gewöhnlich bloß generell bestimmt werden, wo dann die einzelne Sache keinen an ihr Individuum geknüpften, sondern nur darum Werth hat, weil sie zu dem genus gehört. Diese Sachen nennt man jetzt fungible Sachen oder vertretbare; doch ist der Begriff rein relativ, indem die nämliche Sache bald als species individuell in Betracht kommt, bald nur ihrem genus nach. Nur wenn dieß Letztere der Fall ist, sind sie res, quae communi specie continentur, oder quae in genere suo magis functionem recipiunt per solutionem quam in speci. Sehr oft, aber doch nicht immer, ist dieß der Fall bei jenen Sachen, quae pondere, numero et mensura constant (continentur), eben so bei jenen Sachen, quae usu consumuntur vel minuuntur (quae in abusu continentur), d. h. bei solchen, welche nur gebraucht werden können, indem man sie verbraucht (sg. res usu consumptibiles — verbrauchbare Sachen). —

---

a) Freilich werden in den Quellen der Quantität zuweilen auch die einzelnen corpora entgegengesetzt. Vgl. l. 19. §. 2. D. de condict. ind. (12. 6). l. 94. §. 1. D. de solut. (46. 3.).

VIII. Sg. universitas rerum.

L. 30. D. de usurpat. et usucap. (41. 3). vergl. mit *Seneca* ep. 102.; vergl. auch l. 76. D. de judic. (5. 1). l. 23. pr. l. 20. §. 2. D. de usurp. et usuc. (41. 3). l. 22. D. de legat. I. (30). l. 5. pr. D. de R. V. (6. 1).

§. 106.

Auch die sg. universitas rerum rechnen die Römer nicht zu den unkörperlichen Sachen, wiewohl sie nur im Begriff existirt. Sie unterscheiden aber überhaupt drei Gattungen von Körpern, indem jeder aus Theilen besteht, deren verschiedene Zusammensetzung das Ganze der Sache bildet. Sind nun 1) die Theile einer Sache der Art, daß sie keine für sich bestehenden Sachen bilden, oder als solche gedacht werden können, sondern stehen sie in einer organischen Verbindung mit einander, durch welche sie zusammen eine einzelne Sache bilden, so heißt die Sache als ἡνωμένον — quod continetur uno spiritu — eine **Einzelsache** — singula res — unitum corpus (z. B. homo, tignum, lapis). Sind 2) die Theile einer Sache, die in ihrer mechanischen Zusammensetzung ein Ganzes bilden, selbst wieder Einzelsachen, welche nur durch willkührliche Verbindung ein körperlich Ganzes bilden (eine universitas), so sind sie als zusammengesetztes Ganzes, als συνημμένον — quod ex contingentibus, hoc est pluribus inter se cohaerentibus constat, ebenfalls eine körperliche Sache — connexum corpus, (z. B. aedificium, navis, armarium). Sind 3) die Theile einer Sache selbstständige Einzelsachen, welche weder durch organische noch durch mechanische Verbindung zusammenhängen, (quod ex distantibus constat), sondern nur im Begriffe zu einem Ganzen mit gemeinschaftlichem Namen (uni nomini subjecta) verbunden sind, so entsteht der Begriff einer Gesammtsache, einer universitas (sg. universitas rerum). Da in einer solchen universitas die Einzelsachen nur durch willkührliches Verbinden derselben zu einer Sache im Begriff, als Theile eines Ganzen erscheinen, so hat dieselbe natürlich an sich keine juristische Bedeutung. Diese erhält aber die uni-

versitas, insofern sie trotz des Wechsels ihrer Theile immer dieselbe (unkörperliche) Sache bleibt, und als solche behandelt wird. Bei einer solchen universitas kann dann eben sowohl ihr Werth als Ganzes, als auch der Werth ihrer einzelnen Theile in Betracht kommen, und die letztern hören trotz ihrer Verbindung nicht auf, Einzelsachen zu seyn. Beispiele sind eine Heerde, Waarenlager, das instrumentum fundi, ein Zwei- Drei- Viergespann.

IX. Rechtsverhältnisse.

A. Begriff eines Rechts.

§. 107.

Ausdrücklich als unkörperliche Sachen nennen die Römer nur Rechtsverhältnisse — Rechte und Verbindlichkeiten. Von diesen ist daher jetzt hier im Allgemeinen zu handeln. Ein Recht im individuellen Sinne (Befugniß) ist die juristische Möglichkeit etwas zu thun oder zu unterlassen, oder von einem Andern zu fordern, daß er etwas thue oder unterlasse. Dem Recht, als einer juristischen Möglichkeit, steht daher die Verbindlichkeit, die Pflicht als eine juristische Nothwendigkeit gegenüber, was man bezeichnet mit: jus et officium sunt correlata. Charakteristisch für alle Rechte ist die Möglichkeit, dieselben durch Aufrufung der richterlichen Anerkennung und in Folge derselben durch Zwang geltend zu machen; regelmäßig kann dieß durch Klage (im Wege des Angriffs), ausnahmsweise auch bloß durch Einreden (im Wege der Vertheidigung) geschehen (vergl. §. 117 ff.)

B. Relative und absolute Rechte.

§. 108.

Ein Recht ist entweder durch die ihm gegenüber stehende Verbindlichkeit einer bestimmten, von dem Berechtigten verschiedenen Person bedingt, oder es bezieht sich ohne Rücksicht auf einen bestimmten Verpflichteten direct auf ein äusseres Gut. In jenem Fall ist es ein relatives, ein mittelbares Recht, in diesem ein absolutes, ein unmittelbares. Jenes kann nur gegen

den bestimmten Verpflichteten, dieses gegen Jedermann geltend gemacht werden. — Die absoluten Rechte haben entweder die Existenz einer Person als solcher und in gewissen Beziehungen (der Freiheit, der civitas und der familia) zum Gegenstande, oder eine äußere Sache, daher die Lehre von den absoluten Rechten in die Lehre von den Personen und von den Sachen zerfällt — Personenrecht, Sachenrecht. Die relativen Rechte bestehen entweder für sich allein als selbstständige Rechte, denen von Anfang die Verpflichtung einer bestimmten Person gegenüber steht, oder sie treten erst dann hervor, wenn ein absolutes oder ein relatives Recht der ersten Art verletzt wird, zur Verfolgung und Schätzung des verletzten Rechts. Darum werden absolute Rechte durch Verletzung immer zugleich zu relativen.

C. Personae, res und actiones.

Caj. I, 8. §. 12. *Inst.* de J. N. G. et C. (1. 2).

§. 109.

Cajus, und eben so Justinian, sagt: „omne jus, quo utimur, vel ad *personas* pertinet, vel ad *res*, vel ad *actiones*." Da nun diese Abtheilung alle Gegenstände des privatum jus umfassen soll, so muß die im vorigen Paragraphen gegebene zweitheilige Eintheilung mit der römischen in Einklang gebracht werden können. Nun ist aber Gegenstand des Privatrechts nur 1) die Existenz einer Person als solcher in allen Beziehungen, worunter die nach der Familie die wichtigsten sind; die absoluten Rechte aber, welche diese Existenz der Person zum Gegenstande haben, bilden in ihrem Inbegriff das Personenrecht, oder, nach der wichtigsten Beziehung, das Familienrecht, (jus personarum). Die Unterabschnitte dieses Rechtstheiles bilden zunächst solche Verhältnisse, welche zwar, als im jus naturale gegründet, die Menschen mit den Thieren gemein haben, die aber durch die vernünftige Natur zu sittlichen und rechtlichen werden, die Ehe und das Verhältniß der Eltern zu den Kindern. Nach dem positiven Rechte der Römer kommen zu diesen die Sklaverei und

die Vormundschaft hinzu. 2) Das Vermögen (res in diesem Sinne), d. h. der Inbegriff von allen günstigen und ungünstigen Rechtsverhältnissen einer Person, so weit sich ihr Werth nach einem allgemeinen Maßstabe bestimmen läßt. Das Vermögen besteht daher sowohl aus absoluten als aus relativen Rechten. Den ersten Theil desselben bilden die absoluten rechtlichen Verhältnisse der Person zur Sache, welche entweder in einer totalen rechtlichen Herrschaft über dieselbe bestehen (dominium, Eigenthum), oder in einer partiellen (jura in re, Rechte an einer fremden Sache), die dann nur als eine Ablösung aus dem Eigenthum gedacht werden können. Den zweiten Theil des Vermögens bilden die Verhältnisse der Person zur Person, kraft deren Aeusserungen der Freiheit der einen unter die Willkühr einer andern gestellt sind, die *obligationes*, welche immer nur relative Rechte sind. 3) Diejenigen relativen Rechte, welche als in jedem Rechte, sey es absolut oder relativ, also auch in den familienrechtlichen Verhältnissen enthalten, nur dann hervortreten, wenn eine Störung des Rechts stattgefunden hat, die Klagrechte, *actiones*. Da mit dem Wirklichwerden dieser Rechte das absolute Recht zugleich relativ wird, zu dem relativen aber ein neues hinzukommt, so liegt darin eine Modification des Rechts selbst, welche bei den verschiedenen Rechten vielfach verschieden ist, sich aber auch durch einen überall anzutreffenden Charakter auszeichnet, welcher daher Gegenstand einer allgemeinen Lehre von der Verfolgung und Schützung der Rechte ist, und §. 117—126 vorgetragen wird.

D. Von der sg. universitas juris.

L. 1. §. 4. D. de dote praeleg. (33. 4). l. 5. pr. D. de impensis in res dot. (25. 1). l. 30. pr. 32. pr. 39. 40. D. de pecul. (15. 1). l. 20. §. 10. l. 50. pr. D. de hered. pet. (5. 3). l. 119. 178. §. 1. l. 208. D. de V. S. (50. 16). l. 3. pr. D. de B. P. (37. 1).

§. 110.

Wie es eine sg. universitas rerum giebt, so kann man auch von einer sg. universitas juris (besser: jurium) sprechen. Diese

ist vorhanden, sobald ein Inbegriff von Vermögensrechten, also ein Vermögen als unzertrennliche Masse, als eine juristische Sache, im Ganzen oder nach Bruchtheilen und nicht nach den einzelnen darin enthaltenen Rechten juristisch in Betracht kömmt, wo alsdann allenfalls die jetzt so gefaßte Regel gilt: res succedit in locum pretii et pretium in locum rei, d. h. Alle Rechte, welche in ihrem Inbegriffe die universitas bilden, können wechseln, die zu ihnen und an ihre Stelle erworbenen gehören mit zur universitas; diese bleibt trotz des Wechsels der einzelnen Rechte dieselbe juristische Sache, und wer einen Anspruch auf das Ganze hat, der hat den nämlichen Anspruch auf die neu hinzugekommenen Rechte. Fälle, in denen ein Vermögen als Einheit juristisch in Betracht kommt, können z. B. vorkommen bei der dos (§. 311 ff.), so weit nämlich die necessariae impensae dieselbe ipso jure verringern (§. 319), bei dem peculium (§. 336), soweit gegen den Herrn oder Vater die de peculio actio stattfindet (§. 226), und bei der hereditas, so weit in dieselbe eine per universitatem successio stattfindet (§. 375). Immer aber ist der Begriff einer universitas (jurium) eben so relativ, als der einer sg. universitas rerum.

E. Theilbare und untheilbare Rechte.

L. 25. D. de V. S. (50. 16). l. 5. D. de stip. serv. (45. 3). l. 66. §. 2. D. de legat. II (31). l. 29. D. de solut. (46. 3). l. 1. §. 9. D. ad leg. Falc. (35. 2). l. 25. §. 9. D. fam. ercisc. (10. 2).

§. 111.

Ein Recht ist theilbar, wenn das Recht mehreren Personen in der Art zustehen kann, daß sie dasselbe gemeinschaftlich d. h. nach intellectuellen Theilen (partes incertae, pro indiviso) haben, wobei es gleichgültig ist, ob der Gegenstand des Rechts reell theilbar ist oder nicht. Haben mehrere Personen dasselbe Recht an einem Gegenstand in der Art, daß jede auf einen reell bestimmten Theil angewiesen ist (partes certae, pro diviso), so sind mehrere Rechte vorhanden. — Untheilbar ist ein Recht,

wenn ein Theil desselben auch nicht einmal gedacht werden kann, wo dann von mehreren Berechtigten jeder das Recht ganz ausüben darf. —

F. Erwerb der Rechte.

1. Im Allgemeinen.

§. 3. Inst. de hered. quae ab intestato (3. 1).

§. 112.

Zum Erwerb des Rechts gehört nicht nur ein dieses Erwerbes fähiges Subject, sondern auch Eintritt des besondern Umstandes, von welchem der Erwerb abhängig ist. Liegt dieser Umstand außer der Willkühr des Subjects, so wird das Recht schlechthin mit dem Eintritt desselben erworben (ipso jure); erfordert er eine Thätigkeit des Subjects, so nennt man diesen Erwerb jetzt acquisitio facto hominis. Muß zu dem ausser der Willkühr des Subjects liegenden Umstande noch eine besondere Thätigkeit des Erwerbenden kommen, so kann man den Anfall und den Erwerb des Rechts unterscheiden (z. B. delata und acquisita hereditas) und das Moment des Anfalls wird dann wohl mit cedit dies, das Moment des Erwerbes mit venit dies bezeichnet (z. B. §. 459.)

2. Erwerb durch Stellvertreter.

Caj. II, 86—96. III, 163—167. *Ulp.* XIX, 18 — 21. *Paul.* V, 2. §. 2. *Inst.* II, 9. Per quas personas cuique adquiritur. III, 28. (29). Per quas person. nob. obl. adquirit. *Cod.* IV, 27. Per quas personas nob. adquiratur.

§. 113.

Wo eine Thätigkeit zum Erwerbe des Rechts erfordert wird, da fragt es sich, ob diese nothwendig in der Person des Erwerbenden stattfinden müsse, oder ob sie für ihn in einem Andern stattfinden dürfe. Hinsichtlich dieser Frage unterscheidet sich das neuere römische Recht wesentlich vom ältern. In diesem konnte in der Regel nur dann eine Stellvertretung stattfinden, wenn der Vertretende in der Gewalt des Erwerbenden stand; im neuern Rechte dagegen ist in der Regel auch

die Stellvertretung durch einen von der Gewalt der erwerbenden Person unabhängigen Dritten (per extraneam personam) möglich. Dieß beruht auf dem Grundsatz, daß bei Erwerbarten, welche ihre Entstehung und Form in dem jus civile erhalten hatten, nur Stellvertretung durch Solche, welche von der Gewalt des Erwerbenden abhängig sind, bei Erwerbarten dagegen, welche ihre Entstehung und Form im jus gentium erhalten haben, jede Stellvertretung zulässig ist. Daher die Eintheilung in sg. civile und naturale Erwerbarten (jure civili, jure gentium s. naturali ratione acquiri — sg. acquisitiones civiles et naturales). Die letztern machen im Justinianischen, die erstern im älteren Rechte die Regel aus.

3. Erwerb durch succesio.

Caj. II, 97. 98. — §. 6. Inst. per quas pers. cuiq. adquir. (2. 9). l. 177. pr. D. de R. J. (50. 17.).

§. 114.

Der Erwerb eines Rechts findet entweder in der Art statt, daß durch denselben das Recht erst entsteht (sg. originäre Erwerbarten), oder so, daß ein schon bestehendes Recht den Erwerbenden zum Subject erhält, also der Erwerb des Einen mit dem Verlust auf Seite eines Andern verbunden ist. Beruht nun der neue Erwerb auf einem juristischen Verhältnisse zwischen dem Erwerbenden und Verlierenden, so ist das neu erworbene Recht nur eine Fortsetzung des vorigen, und der Erwerber ist successor des Verlierenden. Diese successio ist aber weiter entweder in singulam rem (sg. Singularsuccession) oder per universitatem successio (sg. Universalsuccession), je nachdem Rechte einer Person nur als Einzelrechte erworben werden, oder deßhalb, weil der Erwerber überhaupt in die Gesammtheit des Vermögens eines Andern ganz oder zum Theil als Subject eintritt. Sowohl die in singulam rem als die per universitatem successio ist besonders dann sehr wichtig, wenn sie sich auf den Tod eines Vermögensinhabers bezieht und bildet darum füglich einen eignen Theil des Vermögens-

rechts, welchen man das successive Vermögensrecht nennen kann, und gewöhnlich das Erbrecht nennt. (§. 373.)

G. Verlust der Rechte.

L. 35. D. de R. J. (50. 17). l. 46. D. de acq. vel am. poss. (41. 2). l. 20. §. 1. D. de acq. vel am. her. (29. 2). l. 14. §. 17. D. de relig. (11. 7).

§. 115.

Wie Rechte erworben werden, so werden sie auch verloren. Was daher über die Erwerbarten der Rechte gesagt ist, gilt auch von den Arten des Verlustes. Insbesondere kann man aber den Verlust wider den Willen des Berechtigten und jenen mit dessen Willen unterscheiden. A) Jener findet aus manchen Gründen statt, welche im besondern Theile vorzutragen sind. Nur der allgemeine Grundsatz ist hier zu bemerken, daß in der Regel ein Recht nicht deßhalb wider den Willen des Berechtigten verloren wird, weil derselbe keinen Gebrauch davon macht; denn das Recht als eine juristische Möglichkeit ist deßhalb noch nicht eine juristische Nothwendigkeit. Wo daher dennoch ein Verlust aus diesem Grunde stattfindet, wie z. B. bei den Klagrechten (§. 124 ff.), da ist Dieß als eine positive Ausnahme anzusehen. B) Der Verlust mit dem Willen des Berechtigten kann ebenfalls in vielen Fällen vorkommen, welche im besondern Theile erörtert werden. Insbesondere liegt in der Regel in dem Erwerb durch einen Andern, wenn er mit dem Willen des bisher Berechtigten geschieht, ein solcher Verlust. — Uebrigens giebt es eine Reihe von Mitteln, durch welche der Verlust eines Rechts abgewandt, durch welche also Rechte erhalten oder wiederhergestellt werden können. Dazu gehören Protestation, d. h. die Verwahrung gegen die allenfallsigen nachtheiligen Folgen einer Handlung, Reservation, d. h. die ausdrückliche Erklärung, gewisse Rechte nicht aufgeben zu wollen, wenn Dieß sonst aus einer Handlung gefolgert werden könnte, Retention (§. 208), Caution, (§. 196. 263 ff.), missio in possessionem (§. 151) und in integrum restitutio (152—156).

III. Concurrenz und Collision der Rechte.

§. 116.

Sind die Rechte mehrerer Personen auf denselben Gegenstand gerichtet, jedoch ohne daß eine die andere ausschließt, so sagt man, die Rechte **concurriren**. Ein Jeder übt dann sein Recht vollständig aus, wenn er dadurch auch den Vortheil auf Seiten des Andern verringern sollte. Sind aber die mehreren Rechte ausschließlich, so sagt man, sie **collidiren**, und es fragt sich dann, wessen Recht vorgehe. Diese Frage kann jedoch natürlich immer nur für den einzelnen Fall beantwortet werden.

I. Von der Verfolgung und Schützung der Rechte.

Caj. IV. *Inst.* IV, 6. De actionibus. *Dig.* XLIV, 7. *Cod.* IV, 10. De obligationibus et actionibus.

Einleitung.

Caj. IV, 10—31. 39—47. 115 seq. 130 seq. 139—141. *Dig.* L, 13. de extraord. cognit. l. 2. cod. de pedan. judic. (3. 3). l. 1. cod. de formulis et impetrationibus actionum sublatis (2. 58).

§. 117.

Wenn von Verfolgung und Schützung der Rechte die Rede ist, so lassen sich verschiedene Weisen zur Erreichung dieses Zwecks denken. Die roheste, mit der steigenden Bedeutung und Macht der Staatsgewalt mehr und mehr verschwindende Weise, ist die Selbsthülfe. Schon weniger roh und selbst mit einer vollkommen ausgebildeten Staatsgewalt verträglich ist das Familiengericht, in welchem das Haupt der Familie die in ihrem Innern vorkommenden Streitigkeiten schlichtet und Vergehen bestraft. Jedenfalls aber für den rechtlichen Zustand im Staat unentbehrlich ist das Daseyn eines öffentlichen Richteramtes, durch welches allein die Selbsthülfe möglichst ausgeschlossen werden kann. Vor dem Richter kann man aber sein Recht entweder angriffs- oder vertheidigungsweise geltend machen; ersteres geschieht durch Klage, letzteres durch Antwort auf eine Klage, welche entweder in einem bloßen

läugnen des Klagegrundes oder in Behauptungen besteht, die der Klage entgegengesetzt werden (Einreden). Für Rom finden sich, wenn auch zum Theil nur noch in symbolischen Formen, aus der ältesten Zeit Spuren eines ausgedehnten Systems der Selbsthülfe, daneben, jedoch mehr in strafrechtlicher als in privatrechtlicher Hinsicht, Nachrichten von einem Familiengerichte. Trotz dem reicht das Daseyn eines öffentlichen Richteramts in Rom so weit als unsere Nachrichten zurückgehen, indem jeder Zweig der Staatsgewalt richterliche Functionen hatte, das Volk, der König, der Senat, die Magistrate. Für das Privatrecht ist es ein besonders wichtiger Umstand, daß mit der Entstehung der Prätur (§. 25) sich ein eigner magistratus juri dicundo ausschied, vor welchem die Civilstreitigkeiten zur Entscheidung kamen. Dabei war es jedoch eine, wie es scheint, aus der frühesten Zeit herstammende Einrichtung, daß neben dem Magistrat noch andere Personen, Geschworne (im Allgemeinen judices) thätig waren. Der Rechtsstreit wurde von der Obrigkeit (in jure) eingeleitet, sodann von dem judex (in judicio) nach dem von jener in einer Instruction an den letztern eventuell ausgesprochenen Urtheile entschieden. Bald waren es mehrere judices, bald nur einer; sie hatten je nach der Art ihrer Ernennung verschiedene Namen, judex, arbiter, recuperatores, centumviri, decemviri. Entschied der Magistrat, ohne einen judex zuzuziehen, so war dieß extra ordinem. Solche cognitiones (extraordinariae cognitiones) waren nie ganz ausgeschlossen und haben zuletzt unter den Kaisern den getheilten judiciorum privatorum ordo ganz verdrängt. Das Verfahren in jure bestand in der ältern Zeit in feierlichen, häufig symbolischen, an die Selbsthülfe erinnernden Handlungen der Parteien, welchen die Handlungen des Magistrats entsprachen. Diese Handlungen hießen legis actiones, wie Cajus sagt, entweder weil sie von den Gesetzen vorgeschrieben waren, oder weil die dabei auszusprechenden Formeln sich streng an die Worte des Gesetzes anschlossen. Die Einleitung per legis actionem war aber nicht auf eine einzige Form eingeschränkt, sondern es gab deren fünf:

sacramento, per judicis postulationem, per condictionem, per manus injectionem, per pignoris capionem. Eben die Strenge, mit welcher die gesetzlichen Formen beobachtet werden mußten, brachte die legis actiones mit Ausnahme zweier Fälle ausser Gebrauch und an ihre Stelle trat das Verfahren durch concepta verba oder durch formulae, wahrscheinlich indem man die in den Streitigkeiten mit oder unter Fremden ausgebildete Verfahrungsweise in das jus civile aufnahm. In diesem neuern Formularproceß fielen insbesondere die symbolischen Handlungen weg und selbst die Redeformeln erhielten Modificationen. Diese waren nun nicht mehr Verhandlungen der Parteien, sondern sie wurden in die Instruction des Magistrats an den judex aufgenommen. Aus diesem Grunde kamen sie in das prätorische Edict, dessen immer zunehmende Wichtigkeit sich auch hauptsächlich hieraus erklärt. Die formulae hatten regelmäßig drei Hauptbestandtheile, die *demonstratio*, d. h. nach vorgängiger Ernennung des judex die Bezeichnung des Gegenstands der Klage, z. B. judex esto, quod Aulus Agerius Numerio Negidio hominem vendidit; die *intentio*, d. h. das Verlangen des Klägers, z. B. si placet, Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium X millia dare oportere; die *condemnatio*, d. h. der Auftrag an den judex zu condemniren oder zu absolviren, z. B. judex Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium X millia condemna: si non paret absolve. Zuweilen kam auch noch als vierter Hauptbestandtheil die *adjudicatio* vor, nämlich wenn dem judex in Theilungsprocessen die Macht gegeben wurde, einer der Parteien etwas zuzuscheiden, z. B. quantum adjudicari oportet, judex Titio adjudicato. Aber auch die drei erstgenannten Theile der formulae kamen nicht immer nothwendig vor. Zuweilen konnte die condemnatio und auch die demonstratio fehlen, wie in den praejudiciis, wo es sich bloß um die Anerkennung eines gewissen Verhältnisses handelte, welche die Vorfrage für einen andern Proceß bildete. Gieng die intentio auf ein eigentliches Rechtsverhältniß, z. B. auf Anerkennung des Eigenthums oder einer Forderung, so hieß

sie intentio juris und die formula: in jus concepta; beschrieb dagegen die intentio nur eine Thatsache, aus welcher Ansprüche abgeleitet wurden, so war sie formula in factum concepta; doch gab es Fälle, in welchen die formula sowohl in jus als in factum concepta seyn konnte. Einen Gegensatz zu den angegebenen Hauptbestandtheilen bilden die praescriptiones und exceptiones als Nebeninhalt der formula; jene kommen hauptsächlich zum Vortheil des Klägers vor die demonstratio, damit er sich nicht z. B. einer sg. plus petitio schuldig mache, diese wurde zum Vortheile des Beklagten als Bedingung der Condemnation mit nisi vor dieser in der Formel aufgenommen, damit nicht etwa condemnirt wurde, wo Rechtsgründe entgegenstanden. Zuweilen kamen aber auch praescriptiones zum Vortheile des Beklagten vor die formula, und dann sind dieselben gleichbedeutend mit den exceptiones. Kam es indessen vor, daß die exceptio ungerechterweise zum Nachtheile des Klägers die Condemnation verhindert haben würde, so wirkte gegen sie die replicatio zum Vortheil des Klägers, gegen welche wieder, im Falle sie die exceptio ungerechterweise entkräftet haben würde, die duplicatio in die Formel aufgenommen wurde. — Dem bisher beschriebenen ordentlichen Verfahren stand das ausserordentliche gegenüber, in welchem der Magistrat ohne Niedersetzung eines judex den Streit dadurch selbst beendigte, daß er vorläufig etwas befahl oder verbot (decretum, interdictum). Doch konnte es hier noch zu einer weitern Verhandlung kommen, wo dann eine formula ausgestellt wurde, worin man auf das Decret oder Interdict verwies. — Von Diocletian an hörte die frühere Form des Verfahrens insofern auf, als die ausnahmsweise bis dahin noch vorgekommene legis actio ganz wegfiel und in dem Verfahren per formulam kein judex mehr ernannt wurde, sondern der Magistrat die Functionen desselben neben seinen bisherigen versah. Noch später wurde auch nicht einmal eine formula mehr ausgestellt, weßhalb es auch nicht mehr wie früher hieß: actor petit s. postulat actionem, reus petit s. postulat exceptionem, praetor dat und reddit actionem, exceptionem,

sondern: reus opponit exceptionem, reus praescribit etc. Materiell indessen zerfiel der Proceß immer noch in das Verfahren in jure und in judicio.

1) Von der actio.

a) Begriff.

§. 118.

Actio bezeichnet theils eine processualische Handlung, wodurch das verletzte Recht geltend gemacht werden soll, theils die materielle Veränderung, welche die Verletzung in dem Recht erzeugt (§. 109). Diese Veränderung besteht darin, daß jedes Recht, so wie es zur actio wird, eine obligatorische Natur erhält, weßwegen denn auch die actio als eine besondere Art der obligatio betrachtet werden kann, und so wie diese dem Berechtigten gegenüber einen bestimmten Verpflichteten (Kläger und Beklagten) erfordert.

b) Eintheilungen der actiones.

§. 119.

Die actiones sind 1) entweder in rem (vindicatio) oder in personam (personalis actio, auch condictio im Allgemeinen), je nachdem sie zum Schutz absoluter oder relativer Rechte dienen. Die in personam actio bezieht sich daher immer auf ein obligatorisches Verhältniß. Die in rem actio entsteht für den Berechtigten schlechthin seines Rechtes wegen gegen Jeden, welcher ihm dasselbe streitig macht. Dahin gehören im neuesten Recht auch die praejudiciales actiones, d. h. die Klagen, welche sich auf Rechte des status beziehen, die aus dem Eigenthum und den jura in re entspringenden Klagen, die Klage zur Geltendmachung des Erbrechts. Der Zweck der personalis actio ist immer zunächst die Condemnation des Beklagten, weßhalb in der intentio die Person des Beklagten besonders bezeichnet werden mußte, jener der vindicatio die Anerkennung eines gewissen Rechtsverhältnisses auf Seiten des Klägers, wovon dann die Aufhebung der Verletzung nur die Folge ist,

weßhalb auch die Bezeichnung der Person des Beklagten in der intentio nicht nothwendig war. Indessen giebt es personales actiones, bei welchen, wie bei den in rem actiones nicht schon in der intentio, sondern erst in der condemnatio der Beklagte bezeichnet wurde, welche also, obgleich personales actiones, in rem concipirt und deßwegen gegen jeden Besitzer einer Sache gerichtet waren (in rem scripta actio). Dagegen giebt es keineswegs gemischte Klagen, welche zugleich in rem und in personam wären, wiewohl die Theilungsklagen mixtae actiones heißen, weil bei ihnen sowohl eine adjudicatio als eine condemnatio vorkommt. *a*) — Die actiones sind 2) entweder rei oder poenae persequendae causa comparatae (poenales) oder mixtae (in diesem Sinne), je nachdem sie auf Herausgabe einer Sache, beziehungsweise Ersatz, oder auf eine Privatstrafe, oder auf beides zugleich gerichtet sind. — Die actiones sind 3) entweder directae oder utiles. Utilis actio bezeichnet überhaupt eine wirksame Klage im Gegensatz einer inanis actio; im Gegensatze zu directae actiones (ursprüngliche Klagen, legitimae actiones in diesem Sinne) bezeichnen utiles actiones, von welchen manche der bei ihnen stattfindenden fictio wegen auch fictitiae genannt werden, Klagen deren sich jemand wirksam bedienen kann (uti), um ein Rechtsverhältniß geltend zu machen, für welches die Klage ursprünglich nicht bestimmt war. Damit gleichbedeutend ist gewöhnlich in factum actio, wiewohl man ursprünglich darunter eine Klage verstand, bei der die formula in factum concepta war, welche Art von Klagen die ausgedehntere Anwendbarkeit, also die utilis actio vorzugsweise zuließ, wiewohl wenn die in jus concepta actio durch in factum concepta formula eine Ausdehnung erhielt, die Ausdrücke in factum und utilis auch schon früher gleichbe-

---

a) Mixtae actiones s. duplicia judicia heißen auch jene Klagen, bei welchen beide Parteien in ganz gleicher Lage sind, so daß auch der Kläger condemnirt werden kann. Dazu gehören die Theilungsklagen und einige Interdicte.

deutend waren. Mit dem Ausdruck in factum actio ist aber auch der Ausdruck praescriptis verbis actio zuweilen gleichbedeutend; diese Klagen bilden dann einen Gegensatz zu vulgares actiones, welche einen besondern Namen hatten, während bei jenen eine eigenthümliche Benennung fehlte, weßhalb das factum, um das es sich handelte, in einer praescriptio vorbemerkt wurde. Der Ausdruck directae actiones kommt übrigens auch im Gegensatz von contrariae actiones vor. Letztere sind dann solche personales actiones, deren sich Jemand aus einer obligatio bedienen kann, in welcher, obgleich er im Grunde der allein Verpflichtete ist, für ihn zufällig gewisse Ansprüche gegen den Berechtigten entstanden sind (z. B. §. 246). — Die actiones werden 4) auch in civiles und honorariae eingetheilt, je nachdem sie aus dem jus civile oder aus den Edicten hervorgegangen sind. Eigenthümlich ist den letzteren, daß bei ihnen die formula immer in factum concepta war. — Endlich sind 5) stricti juris, bonae fidei und arbitrariae actiones zu unterscheiden. Die alte Abtheilung in judicia und arbitria hatte den Sinn, daß jene vor einen aus dem album judicum genommenen Richter kamen, welcher sich streng an die Instruction des Prätor zu halten hatte, und daß bei ihnen nur auf certa pecunia geklagt wurde, während die arbitria vor einen arbiter kamen, auf incerta pecunia giengen, nach der Formel ex fide bona, oder ut inter bonos bene agier, oder quid aequius melius behandelt wurden, und die Eigenthümlichkeit hatten, daß der arbiter die Weiterführung des Processes durch einen jussus de restituendo oder de exhibendo, den er causa cognita ertheilte, abzuwenden suchte, wofür aber auch der Beklagte, wenn er nicht Folge leistete und im weitern Verfahren dennoch unterlag, mehr, zuweilen das Vierfache, gewöhnlich das ganze nach dem Eide des Klägers zu bestimmende Interesse leisten mußte. Als auch einige judicia und in der Folge immer mehrere nach der Formel ex fide bona behandelt wurden, nannte man diese, im Gegensatz der stricti juris judicia, bonae fidei judicia s. actiones. Diese letztern stehen, mit Ausnahme der zuletzt erwähnten Eigenthümlichkeit,

den arbitria oder arbitrariae actiones ganz gleich. Die stricta judicia oder stricti juris actiones heißen auch vorzugsweise condictiones.

C. Entstehung und Ende der Klagen.

§. 120.

Die Entstehung der Klage fordert das Daseyn eines Rechts, und Verletzung desselben. So wie die letztere statt findet, entsteht die Klage (nata actio). In der Regel kann nur der Berechtigte selber das Klagrecht üben, ausser wo eine Stellvertretung stattfindet; doch giebt es auch Klagen, zu welchen Jeder aus dem Volke berechtiget ist (popularis actio). Das Ende der Klagen tritt ein durch richterliches Erkenntniß (§. 150), zuweilen durch den Tod der Parteien (§. 242), durch sg. Verjährung (§. 124—126), und durch Anstellung einer aus der Verletzung entstandenen Klage, insofern eine neben derselben aus dem nämlichen Verhältnisse für dieselbe Person entsprungene Klage dadurch erlischt (sg. concursus alternativus s. electivus). Doch kann sich der Verletzte, wenn er die für ihn minder vortheilhafte Klage zuerst angestellt hat, nachher, aber nur auf die Differenz, noch der vortheilhafteren bedienen.

2) Von der exceptio.

Caj. IV, 115. seq. *Inst.* IV, 13. De exceptionib. 14. De replicationib. *Dig.* XLIV, 1. De exceptionib., praescriptionib. et praejudiciis. *Cod.* VIII, 36. De exceptionib. seu praescriptionib.

a) Im Allgemeinen.

A. Begriff der exceptio.

§. 121.

Einrede ist im Allgemeinen jede in einer Behauptung bestehende Vertheidigung gegen eine Rechtsverletzung, so weit diese in der Anstellung einer Klage liegt. Im engern Sinn ist die Einrede (exceptio, praescriptio im spätern Sinn) die Behauptung eines Rechts, durch welche der Beklagte eine an sich statthafte Klage aufhebt. In jeder exceptio liegt für den

Kläger der Vorwurf, daß die Anstellung der Klage von seiner Seite eine Arglist enthalte, weil die Condemnation des Beklagten, wenn auch in abstracto zu rechtfertigen doch in concreto iniqua wäre; insofern ist jede exceptio eine doli exceptio, wenn auch nicht bei Gründung des Verhältnisses, aus welchem geklagt wird, ein eigentlicher dolus begangen worden ist. Daher auch die Eintheilung der doli exceptio in sg. generalis und specialis, eine Eintheilung, welche durch die die exceptio umfassenden Worte der formula angedeutet wurde, die bei der sg. specialis lauteten: si in hac re nihil dolo malo actoris *factum est,* während bei der generalis noch die Worte hinzukamen: *neque fit.* Die exceptio hat übrigens ganz die Natur der actio und ist daher wie diese obligatio, worin der Beklagte dieselbe Stellung hat, wie der Kläger in der actio (reus in exceptione actor est), daher kann ihm auch wieder eine exceptio des Klägers entgegenstehen, welche dann replicatio heißt, die eben so wieder durch eine duplicatio entkräftet werden kann. Wer zur actio berechtiget ist, kann sich derselben immer als exceptio bedienen; wer aber zur exceptio berechtiget ist, kann sich nicht immer der actio bedienen. (§. 208. 209.)

B. Eintheilungen der exceptiones.

§. 122.

Die exceptiones sind 1) wie die actiones entweder civiles oder honorariae. 2) Entweder perpetuae s. peremptoriae oder temporales. s. dilatoriae, je nachdem sie den Beklagten für immer oder nur einstweilen gegen die Klage schützen. 3) Entweder in rem oder in personam, je nachdem sie gegen Jeden schützen, auch allen Erwerbern eines Rechts und selbst den bloß accessorisch dabei Interessirten zustehen, oder nur gegen und für gewisse Personen statt finden. Der Gegensatz hat daher eine active und eine passive Bedeutung.

C. Entstehung und Ende der exceptio.

§. 123.

Mit der Entstehung der exceptio ist es eben so, wie mit der Entstehung der actio. Das Ende derselben tritt ein durch richterliches Erkenntniß (§. 150) und zur Strafe, wenn der Beklagte arglistig die vom Kläger behaupteten Facta läugnet. Dagegen hört in der Regel die exceptio als solche durch sg. Verjährung nicht auf, und geht gewöhnlich auf und gegen den successor über. Ausnahmen kommen gelegentlich vor.

b) Insbesondere von der temporis exceptio.

Gaj. IV, 110. 111. *Inst.* IV, 12. De perpetuis et temporalib. actionib. etc. *Cod.* VII, 39. De praescriptione XXX. vel XL. annorum. 40. De annali exceptione italici contractus tollenda, et diversis temporib., et exceptionib., et praescriptionib., et interruptionib. earum.

A. Begriff der Verjährung.

§. 124.

In der ältern Zeit wurde der allgemeine Grundsatz, daß ein Recht deßhalb nicht untergehe, weil der Berechtigte keinen Gebrauch davon machte (§. 115), auch auf die Klagrechte angewandt. Dieser Grundsatz erhielt zuerst eine Modification im prätorischen Edict, indem manche in demselben begründete Klagrechte durch Nichtgebrauch während eines Jahres verloren giengen, worauf der Beklagte eine eigne annalis exceptio s. praescriptio gründete. Diese Klagen hießen, im Gegensatze der perpetuae actiones: *annales actiones.* Nach und nach bildeten sich immer mehr Ausnahmen, in welchen Klagen an eine gewisse Zeit (namentlich an ein longum tempus von 10 und 20 Jahren) gebunden waren, bis am Ende durch kaiserliche Constitutionen die Regel dahin fixirt wurde, eine jede Klage müsse längstens innerhalb dreißig Jahren von dem Augenblick ihrer Entstehung an angestellt werden; werde dieß versäumt, so solle dem Beklagten eine temporis praescriptio zustehen, durch welche er die Klage des Berechtigten aufheben

könne. Im neuesten Rechte sind nun alle Klagen entweder perpetuae actiones (in diesem Sinne) oder temporales, je nachdem ihnen eine temporis exceptio erst nach dreißig Jahren (triginta annorum praescriptio — sg. longissimi temporis praescriptio) oder schon früher entgegengesetzt werden kann. Dieses Erlöschen der Klage zum Vortheil des Beklagten nennt man Verjährung, Extinctivverjährung (sg. praescriptio, praescr. extinctiva).

B. Erfordernisse der Verjährung.

§. 125.

Damit eine Klage verjähre, muß sie I. nata actio seyn (§. 120). II. Die Verletzung des Rechts, durch welche die Klage entsteht, muß in der ganzen Verjährungszeit ununterbrochen fortdauern. III. Der Lauf der Verjährung wird dadurch unterbrochen, daß das Klagrecht eine Zeit lang nicht statt findet. IV. Ist die Klage wirklich angestellt, und hat bei einer temporalis actio litis contestatio (§. 148), bei perpetuae actiones die Mittheilung der Klage an den Beklagten stattgefunden, so hört der Lauf der Verjährung auf, und es muß eine neue Verjährung eintreten, welche vierzig Jahre dauert und von der letzten gerichtlichen Handlung zu laufen anfängt (sg. praescriptio litis pendentiae). V. Die Verjährung ist mit dem Ablauf des letzten Moments der für sie bestimmten Zeit vollendet. VI. Die Anstellung der Klage muß in der Regel dreißig Jahre lang versäumt seyn. Doch giebt es hievon eine Reihe von Ausnahmen, indem manche Klagen eine längere, manche eine kürzere Zeit dauern. Beispiele kommen gelegentlich vor; nur folgende Ausnahmen sind allgemeiner Art: A) Klagen der Kirchen dauern, wenn sie sonst zehn oder zwanzig oder dreißig Jahre dauern würden, vierzig Jahre; würden die Klagen sonst unter zehn Jahren dauern, so sind die Kirchen nicht ausgenommen. B) Bei annales actiones werden jene Tage nicht in die Verjährungszeit eingerechnet, an welchen Klagen nicht angestellt werden dürfen (dies nefasti). C) Dauern Klagen dreißig oder mehr

Jahre, so läuft, 1) wenn der Berechtigte impubes ist, die Verjährung während der pupillaris aetas nicht. 2) Ist der Berechtigte unter patria potestas, so wird, wenn die Klage sich auf das sg. peculium adventitium (§. 337) bezieht, die Zeit, in welcher er filiusfamilias ist, nicht gerechnet. D) Dauern Klagen unter dreißig Jahren, so läuft gegen den impubes und minor gar keine Verjährung.

C. Wirkungen der Verjährung.

§. 126.

Die Wirkung der Verjährung besteht keineswegs in der Aufhebung des Rechts, auf welches sich die Klage bezieht, sondern lediglich in der Entstehung einer exceptio, welche die Klage und nur diese aufhebt. Kann daher das Recht noch auf andere Weise als durch Klage, namentlich durch exceptio geltend gemacht werden, so bleibt es in dieser Art wirksam (vergl. §. 244).

3) Selbsthülfe.

L. 176. pr. D. de R. J. (50. 17.). l. 12. 13. D. quod met. caus. (4. 2). l. 1. pr. l. 7. 8. D. ad leg. Jul. de vi priv. (48. 7). L. 7. Cod. unde vi (8. 4.). *Nov.* 52. c. 1. *Nov.* 60. c. 1.

§. 127.

In der Regel besteht der Schutz der Rechte in richterlicher Hülfe; ausnahmsweise kann sich aber der Berechtigte selbst schützen, und diesen Schutz nennen wir Selbsthülfe. Diese ist entweder Selbstvertheidigung gegen ungerechte Angriffe, oder Selbsthülfe im engern Sinne, d. h. eigenmächtiger Angriff zur Verfolgung eines Rechts. Diese letztere ist im römischen Rechte in der Regel durchaus untersagt und hat die nachtheilige Folge, daß der Angreifende, wenn er materiell Recht hat, das durch den Angriff Gewonnene zurückgeben muß und sein Recht verliert; wenn er materiell nicht Recht hat, nicht nur das durch den Angriff Erlangte verliert, sondern auch zur Strafe dessen Werth leisten muß. Hat insbesondere der Berechtigte die Erfüllung einer Obligation von dem Verpflichteten durch Selbst-

hülfe erzwungen, so verliert er seine Forderung, und hat er ohne Ermächtigung des Richters Sachen seines Schuldners oder eines Dritten occupirt, so wird er mit dem Verluste eines Drittheils seines Vermögens bestraft und infam. Dagegen ist die Selbstvertheidigung, ohne Unterschied, auf welche Rechte der Angriff gerichtet ist, schlechthin zulässig, nur darf sie nicht zum Angriff werden, also das Maß der Vertheidigung nicht überschreiten (inculpatae tutelae moderatio).

Vierter Abschnitt.

Von den Handlungen.

I. Ueberhaupt.

A. Begriff und Eintheilungen.

§. 128.

Eine Handlung (factum, auch actio, actus, in diesem Sinn) ist die von dem Willen des Menschen ausgehende Aeusserung von Kräften, wodurch er irgend eine Wirkung ausser sich hervorbringt. Sie ist juristisch wichtig, insofern sie einen Einfluß auf Rechtsverhältnisse übt, also entweder sie erzeugt oder erhält oder aufhebt. Von den verschiedenen Eintheilungen der Handlungen in innere und äussere (bei welcher Handlung in einem ausgedehnteren Sinne genommen wird), in erlaubte und unerlaubte, in positive und negative (wobei wieder eine allgemeinere Bedeutung von Handlung zum Grunde liegt) und in mögliche und unmögliche ist die erste nur insofern allgemein wichtig, als die äussere juristisch nicht existirt, wenn die innere nicht vorhanden ist, die zweite, insofern es auf die Gesinnung des Handelnden ankommt, die dritte, insofern die Unterlassung da an die Stelle des positiven Handelns tritt, wo das Letztere Inhalt einer Verpflichtung ist, und die letzte, insofern die unmögliche Handlung, gleichviel ob die Unmöglichkeit eine physische oder moralische oder rechtliche ist, nicht Gegen-

stand einer Verpflichtung seyn kann. Bei unerlaubten Handlungen kommt besonders die der Handlung etwa zum Grunde liegende verwerfliche Absicht in Betracht. Diese heißt im Allgemeinen dolus, wiewohl auch so schon Leichtsinn und Frivolität der Gesinnung, insbesondere Alles, was der bona fides entgegensteht, und eben so was (wie bei der allgemeinen doli exceptio §. 121) mit der aequitas sich nicht verträgt, genannt wird. (Vergl. auch den folgenden Paragraph.) Das Wichtigste ist immer die freie Willensbestimmung, und die mit ihr übereinstimmende Willenserklärung.

B. Willensbestimmung.

L. 55. D. de contrah. emt. (18. 1). l. 3. D. de O. et A. (44. 7). — *Dig.* XXII, 6. *Cod.* I, 18. De juris et facti ignorantia. *Dig.* IV, 3. *Cod.* II, 21. De dolo malo. *Dig.* IV, 2. Quod metus causa gestum erit. *Cod.* II, 20. De his quae vi metusve causa gesta sunt.

§. 129.

Die Willensbestimmung muß ernstlich, die Aeusserung derselben also nicht bloß zum Schein oder Scherze gemacht seyn. Als Mängel der freien Willensbestimmung erscheinen Irrthum, Zwang und Betrug. Der Irrthum, bei welchem man weiter die ignorantia, d. h. das Nichtwissen und den error, d. h. den Irrthum im engern Sinne (das Falschwissen), jedoch ohne damit rechtliche Folgen verbinden zu können, unterscheidet, bezieht sich entweder auf einen Rechtssatz (juris error s. ignorantia), oder auf eine Thatsache (facti err. s. ignor.). Der erstere schadet dem Irrenden, wenn es sich bloß um den Verlust eines zu machenden Gewinnes handelt, in der Regel immer; handelt es sich aber um die Abwendung eines positiven Vermögensverlustes, so kommt es darauf an, ob der Rechtsirrthum entschuldbar ist oder nicht, d. h. ob sich der Irrende hätte Aufklärung über den Rechtssatz verschaffen können oder nicht; im ersten Falle schadet ihm der Irrthum immer, und dieß muß als Regel angenommen werden; im zweiten Falle kann er sich auf den Rechtsirrthum zu seinem Vortheile berufen, nicht

nur wenn es sich um eine noch vorzunehmende Leistung, sondern auch wenn es sich um die Widerrufung einer Leistung handelt; doch muß er ihn als entschuldbar beweisen. Ausgenommen hievon, aber in verschiedener Weise, sind Minderjährige, Soldaten, Weiber und Personen, auf welche das Prädicat der rusticitas paßt. Damit der sich auf eine Thatsache beziehende Irrthum nicht schade, muß er entschuldbar (probabilis) seyn. Wann der Irrthum dieß sey und wann nicht, läßt sich nicht allgemein bestimmen, nur wird der error facti proprii in der Regel nicht entschuldiget. Uebrigens giebt es auch Fälle, in welchen nie, und andere, in welchen immer ein Irrthum ohne weitere Unterscheidung berücksichtiget wird. — Betrug (dolus, in diesem Sinn, — im Gegensatze von dolus bonus, oder erlaubter List: dolus malus, auch fraus) ist widerrechtliche, absichtliche Erzeugung von Irrthum bei einem Andern, um seinen Willen zu etwas ihm Nachtheiligen zu bestimmen. Der Betrogene will wirklich, aber der Betrug soll für den Betrüger keinen Vortheil, für den Betrogenen wo möglich keinen Nachtheil zur Folge haben. — Zwang im weitern Sinn ist überhaupt Nöthigung zum Handeln. Er ist entweder wirkliche Gewalt durch Anwendung körperlicher Mittel (directer Zwang, absolute Gewalt, vis) oder Erregung von Furcht durch Drohungen (indirecter Zwang, metus). Der Zwang hebt an sich die Freiheit der Willensbestimmung ebenfalls nicht auf; ein ungerechter Zwang aber hat die Folge, daß die erzwungene Handlung nicht aufrecht erhalten wird.

C. Willenserklärung.

§. 130.

Die Willenserklärung ist entweder 1) ausdrücklich, wenn sie in einer Handlung besteht, die den Zweck hat, den Willen zu erklären, sey dieß eine Rede oder ein Zeichen, oder 2) stillschweigend, wenn aus einer Handlung durch gewöhnlichen Schluß die Willensbestimmung gefolgert wird, oder 3) präsumtiv, wenn in einer Handlung zufolge rechtlicher Vor-

schrift eine gewisse Willenserklärung liegen soll, oder endlich 4) fingirt, wenn eine Willenserklärung zufolge der Gesetze angenommen wird, ohne daß über ihr Daseyn weder Ueberzeugung noch Vermuthung vorhanden ist. Die Willenserklärung geht endlich 5) entweder einer Handlung voraus, oder begleitet sie, oder folgt ihr nach. Die letzte ist Genehmigung (ratihabitio), welche sich eben sowohl auf fremde als auf eigne, auf erlaubte und unerlaubte Handlungen beziehen kann und in der Regel rückwärts wirkt.

II. Insbesondere von Rechtsgeschäften.

A. Begriff, Bestandtheile und Arten.

§. 131.

Rechtsgeschäft heißt überhaupt eine erlaubte Handlung, durch welche ein Rechtsverhältniß erzeugt, erhalten oder aufgehoben werden soll. Es lassen sich bei demselben, wie bei jedem Geschäfte, dreierlei Bestandtheile unterscheiden, wesentliche, ohne welche es nicht gedacht werden kann, zufällige, welche nur ausserordentlicherweise im Geschäft angetroffen werden, und gewöhnliche, welche sich meistens in dem Geschäfte vorfinden. Allgemeine Grundsätze lassen sich hierüber nicht aufstellen, und nur das gilt als Regel, daß der Mangel der wesentlichen Bestandtheile das Geschäft vernichtet, daß der Mangel der gewöhnlichen eben so wenig vermuthet wird, als das Daseyn der zufälligen. Eine bestimmte Form kann bald wesentlich bald gewöhnlich seyn. — Die wichtigste Eintheilung der Rechtsgeschäfte ist in einseitige und zweiseitige, je nachdem durch das Geschäft nur eine Person verpflichtet, oder auch zu demselben nur eine Person erfordert wird, oder nicht. Ein Vertrag, d. h. das Geschäft zwischen wenigstens zwei Personen, wodurch Rechtsverhältnisse begründet oder aufgehoben werden sollen, kann daher in der einen Beziehung ein einseitiges Geschäft seyn, in der andern ist er immer ein zweiseitiges.

B. Nebenbestimmungen der Rechtsgeschäfte.

1. Begriff.

§. 132.

Unter Nebenbestimmungen der Rechtsgeschäfte verstehen wir solche Bestimmungen, ohne welche zwar die Rechtsgeschäfte bestehen können, deren Daseyn aber auf dieselben einen gewissen Einfluß übt. Dieser Einfluß besteht im Allgemeinen bald in einer Modification, bald in einer Bestärkung des Geschäftes. Nur von jenen kann im allgemeinen Theile die Rede seyn, wobei jedoch wegen der Ausführung auf den besondern Theil verwiesen werden muß.

2. Arten.

a) Bedingungen.

§. 133.

Zu den modificirenden Nebenbestimmungen gehört vor allem die Bedingung (conditio), d. h. ein ungewisser, zukünftiger, nicht in der Natur des Geschäftes liegender Thatumstand, von dessen Daseyn die Wirkung des Rechtsgeschäftes abhängig gemacht wird. Die Bedingung ist 1) entweder negativ oder affirmativ, je nachdem das Daseyn oder Nichtdaseyn des Thatumstandes die Wirkung des Geschäftes bedingt. 2) Entweder aufschiebend oder auflösend, je nachdem die Entstehung der Wirkung des Geschäftes dadurch bedingt ist, welches dann sub conditione, conditionale heißt, (sg. cond. suspensiva), oder das Ende davon abhängt (cond., sub qua relsolvitur, sg. cond. resolutiva). 3) Entweder zufällig oder willkührlich, je nachdem ihr Daseyn außer dem Willen des Menschen liegt (casualis cond.) oder nicht (potestativa cond.). Da jede affirmative Bedingung in gewisser Hinsicht zufällig ist, so heißt jene, wobei es auch auf den Willen ankommt, mixta, promiscua. 4) Entweder möglich oder unmöglich, je nachdem sie nach Naturgesetzen oder rechtlichen und moralischen Grundsätzen zur Erfüllung kommen kann oder nicht. — Die allgemeine Wirkung

einer jeden Bedingung ist ein Aufschieben, bei der suspensiven des Anfangs, bei der resolutiven des Endes der Wirkung eines Geschäftes. Die Bedingung ist entschieden, wenn ihr Eintreffen (existit, impleta est) oder ihr Nichteintreffen (deficit) gewiß ist. Die Bedingung ist unentschieden, wenn weder ihr Eintreffen noch ihr Nichteintreffen gewiß ist (pendet). —

b) Zeitbestimmungen.

§. 134.

Zeitbestimmungen (dies, tempus) ist die Nebenbestimmung, kraft welcher die Wirkungen von Rechtsgeschäften mit dem Eintritt eines Moments anfangen (ex die) oder aufhören sollen (ad diem, in diem). Dieses Moment ist in beiden Fällen entweder schlechthin gewiß (certus dies) oder, bald hinsichtlich der Frage ob, bald hinsichtlich der Frage wann, ungewiß (incertus dies). Ist der dies in dieser zweifachen Hinsicht ungewiß, so steht er der Bedingung rechtlich ganz gleich. Sonst hat die Zeitbestimmung nicht die Wirkung des Hinausschiebens, sondern die den Anfang bestimmende schiebt bloß die Klage, nicht das Recht hinaus; bei dem Endtermin tritt die Wirkung des Geschäftes sogleich ein, endet aber mit dem dies. Ist der dies in die Willkühr einer Person gestellt, so tritt er wenigstens mit ihrem Tod ein.

c) Modus.

§. 135.

Modus heißt oft jede nähere Bestimmung bei einem Geschäfte, zuweilen insbesondere Zweckbestimmung. Als allgemein gültig kann nur gesagt werden, daß der modus in der Regel nicht die Wirkung der Bedingung hat, außer wo er wirklich als solche gefaßt ist. Deßhalb vernichtet die Nichterfüllung in der Regel die Wirkung des Geschäftes nicht, wiewohl dieselbe unter Umständen als Undank behandelt werden kann und dann die Wirkungen dieses letztern hat.

Fünfter Abschnitt.

Raum- und Zeitverhältnisse.

I. Raumverhältnisse.

A. Domicilium.

Dig. L, 1. Ad municipalem et de incolis. *Cod.* X, 39. De incolis, et ubi quis domicilium habere videtur etc.

§. 136.

Domicilium ist der Ort, an welchem Jemand seinen bleibenden Wohnsitz aufgeschlagen hat. Zur Entstehung desselben gehört die Absicht, an diesem Orte wohnen zu wollen und die Niederlassung. Daher kann Jemand mehrere Wohnorte haben oder auch gar keinen. Das Ende des Domicils erfordert Verlassen des Orts und Aufgeben der Absicht, an demselben zu wohnen. In der Regel ist das Domicil freiwillig, zuweilen auch nothwendig.

B. Gegenwart und Abwesenheit.

§. 137.

Die Gegenwart (praesentia) bezieht sich theils auf den Wohnort, theils auf die Anwesenheit an dem Orte, wo etwas für uns rechtlich Interessantes vorgeht, theils auf die Frage, ob man mit einer andern Person in derselben Provinz lebt. In diesen drei Beziehungen ist auch die Abwesenheit (absentia) juristisch wichtig. Zuweilen ist die Abwesenheit eine fingirte, wie z. B. bei Wahnsinnigen, Soldaten im Dienste.

C. Besitz.

Dig. XLI, 2. De adquirenda vel amittenda possessione. *Cod.* VII, 32. De adquirenda et retinenda possessione.

1. Begriff und Wirkungen des Besitzes.

§. 138.

Besitz im ursprünglichen Sinn (detentio) ist das räumliche Verhältniß der Person zu einer körperlichen Sache, in

welchem Jene über diese eine vollkommene und ausschließliche Herrschaft hat. Besitz im juristischen Sinn (possessio) ist diese Herrschaft, verbunden mit der Absicht, die Sache für sich inne haben zu wollen. Auch in diesem juristischen Sinn ist Besitz ein Verhältniß, welches als solches nicht den Charakter des Rechts hat, weßhalb der zum Besitze Berechtigte unbeschadet seines Rechts des Besitzes, und der Besitzer des Rechts zu besitzen entbehren kann. Das Juristische des Besitzes liegt daher zunächst darin, daß er im Allgemeinen juristisch wichtig ist, sowohl während eines Streites über das Recht, als wegen des nach der Regel: „in pari causa possessor potior haberi debet" für den Besitzer geltenden Vorzugs. Diese juristische Wichtigkeit steigert sich aber noch, indem der Besitz im juristischen Sinne gewisse Rechtsmittel (interdicta §. 280 ff.) erzeugt, wodurch er geschützt werden kann, und unter weitern Voraussetzungen, nämlich, daß er aus einem Grund angefangen habe, welcher an sich fähig gewesen wäre, Eigenthum zu übertragen (justa causa, titulus), und daß der Besitzer bei dem Erwerb in bona fide gewesen sey, sogar zum Rechte wird (usucapio §. 166 ff.). Man muß daher wohl das Recht zu besitzen und die Rechte des Besitzes (jus possessionis) von einander unterscheiden. —

2. Arten des Besitzes.

§. 139.

Der Besitz ist 1) entweder *civilis possessio*, oder *possessio* schlechtweg, oder *natnralis possessio*. a) Civilis possessio (civiliter possidere, jure civili possidere) ist derjenige juristische Besitz, mit welchem alle Wirkungen vollkommen verbunden sind (Interdicte und usucapio). Jeder andere Besitz heißt im Gegensatze zu diesem: naturalis possessio. b) Possessio schlechthin ist in der Regel derjenige juristische Besitz, welcher wenigstens durch Interdicte geschützt werden kann. Jeder andere Besitz, welcher nicht einmal zu Interdicten führt, heißt im Gegensatze von possessio: naturalis possessio (tenere, corporaliter possidere, esse in posses-

sione). Der Besitz ist 2) entweder *justa* oder *injusta possessio*, je nachdem der Grund, aus welchem er stattfindet, eine justa causa oder eine injusta ist. Zu der letztern gehören insbesondere die Fälle, wo der Besitz vi, clam oder precario angefangen hat. Uebrigens bezieht sich diese Eintheilung sowohl auf die bloße Detention, als auf den juristischen Besitz. Die Regel: nemo sibi causam possessionis mutare potest bezog sich zwar ursprünglich auf die zu Justinians Zeit längst veraltete pro herede usucapio, hat aber auch im Justinianischen Rechte die Bedeutung, daß Niemand einseitig durch seinen bloßen Vorsatz eine minder vortheilhafte Art des Besitzes in eine vortheilhaftere verwandeln könne. 3) Der Besitz hat entweder bona fide oder mala fide angefangen (bonae fidei possessio, malae fidei possessio), je nachdem der Besitzer das Recht zu haben glaubte, den Besitz zu ergreifen, oder wußte, daß er nicht dazu berechtigt sey.

3. Uneigentlicher Besitz.

§. 140.

Ein uneigentlicher Besitz kommt bei den Römern auf zweierlei Weise vor. I) Nach ihrer Grundansicht nämlich geht nicht neben jedem Recht ein Besitz her, sondern nur neben dem Eigenthum. Jedoch behandeln sie auch die Ausübung eines vom Eigenthum abgelös'ten jus in re (§. 109) als Besitz (jura quasi possidentur). II) Häufig wird ein Besitz als wirklich angenommen, wo er gar nicht existirt, weil ein dolus die nachtheiligen Wirkungen des Besitzes im Processe haben soll (pro possessione dolus est). Dieß ist der Fall, A) wenn Jemand den Besitz aufgegegeben hat, um dem Berechtigten die Geltendmachung des Rechts zu erschweren (qui dolo desiit possidere); B) wenn Derjenige, gegen welchen Jemand wegen einer Sache klagt, sich auf diese Klage einläßt, ohne die Sache juristisch noch auch nur überhaupt zu besitzen (qui se obtulit petitioni oder liti); diese Art des uneigentlichen Besitzes nennt man jetzt ficta possessio.

4. Erforderniſſe des juriſtiſchen Beſitzes.

§. 141.

Seiner Natur nach fordert der eigentliche juriſtiſche Beſitz eine fähige Perſon, eine fähige Sache und von Seiten Dritter einen leeren Beſitz (vacua possessio). Die Fähigkeit der Perſon und Sache richtet ſich nach der Fähigkeit, Eigenthum zu haben und darin zu ſtehen. Da ferner der Beſitz eine ausſchließliche Herrſchaft über die Sache iſt, ſo läßt ſich eine Sache, welche in dem vollkommenen Beſitze mehrerer Perſonen wäre, nicht denken (Plures eandem rem *in solidum* possidere non possunt). Doch läßt ſich inſofern ein Mitbeſitz denken, als entweder Mehrere eine und dieſelbe Sache nach Bruchtheilen beſitzen, oder, weil es verſchiedene Wirkungen des Beſitzes giebt, der Eine mit dieſer, der Andre mit jener (§. 201 mit 203).

5. Erwerb des Beſitzes.

§. 142.

Da der juriſtiſche Beſitz eben ſowohl in der wirklichen Herrſchaft über die Sache, als in der mit derſelben verbundenen Abſicht beſteht (§. 138), ſo gehört zum Erwerb des Beſitzes 1) die Apprehenſion der Sache, d. h. das Eintreten in ein ſolches räumliches Verhältniß zur Sache, daß man ausſchließlich über ſie herrſchen kann (corpus), 2) die Abſicht, die Sache als ſeine eigne zu behandeln (animus). Wer daher keinen juriſtiſchen Willen hat, kann Beſitz nicht erwerben. Indeſſen kann auch durch Stellvertreten der Beſitz erworben werden. — Der Erwerb einer juris quasi possessio (§. 140) beruht im Ganzen auf denſelben Grundſätzen. Das räumliche Verhältniß (corpus) fängt hier mit der Ausübung des Rechts, der animus mit der Abſicht, das Recht als ſolches auszuüben, an.

6. Verluſt des Beſitzes.

§. 143.

Für den Verluſt des Beſitzes, aus welchem ſich in Verbindung mit den Grundſätzen über den Erwerb die Regeln über

die Erhaltung des Besitzes von selbst ergeben, gelten dieselben Erfordernisse wie für den Erwerb. Wie dieser in zweierlei Rücksicht eine bestimmte Thathandlung erfordert, so erfordert der Verlust den Gegensatz von jenen Thathandlungen, entweder in der einen oder in der andern oder in beiden Rücksichten (nulla amittitur possessio, nisi in qua utrumque in contrarium actum est). Dabei ist zu bemerken, daß der contrarius animus nur in der Person des Besitzenden, das contrarium corpus auch ausser derselben stattfinden kann. Kommt beides in der Art zusammen, daß der bisherige Besitzer einer andern Person den Besitz überträgt, so sagen die Römer: vacuam tradit possessionem. Geht der Besitz durch Stellvertreter verloren, so wird, wenn er an diese verloren gehen soll, besonders die Regel wirksam: nemo sibi causam possessionis mutare potest (§. 139).

II. Zeitverhältnisse.

Dig. II, 12. De feriis et dilationibus et diversis temporibus.

A. Das Kalenderjahr und seine Unterabschnitte.

§. 144.

Von den drei verschiedenen Kalendern der Römer, dem Romulischen, dem Numa'schen und dem Julianischen ist in dem Justinianischen Rechte nur noch der letzte herrschend. Nach diesem besteht das Jahr aus 365 Tagen oder 12 Monaten, der Monat bald aus 30, bald aus 31 und einmal aus 28 Tagen, der Tag aus 24 Stunden von Mitternacht bis Mitternacht. Alle vier Jahre bei'm Ende des vierten Jahres, wenigstens seit August wird ein Tag eingeschaltet (Schalttag), und zwar im Monat Februar zwischen dem 23sten und 24sten Tage, wodurch jedoch dieser Monat juristisch nicht 29 Tage erhält, sondern als 28 Tage begreifend angesehen wird, indem der Schalttag nur als ein Moment des 24sten Tages anzusehen ist, welcher deßhalb bis sextus (a. calend.) heißt.

B. Zeitrechnung überhaupt.

L. 12. D. de stat. hom. (1. 5.). mit l. 3. §. 12. D. de suis et leg. (38. 16.).

§. 145.

Soll eine Zeit berechnet werden, so kann man sich entweder streng an den Kalender halten, oder eine andere Rechnung eintreten lassen. Neben dem Kalendertag kommt ein sg. Zeittag und ein sg. natürlicher Tag in Betracht. Unter jenem versteht man den Verlauf von 24 Stunden von einem beliebigen Moment an; unter diesem die Zeit vom Aufgang der Sonne bis zu ihrem Untergang (Lichttag, im Gegensatz der Nacht). Ist nicht ein bestimmter Monat namhaft gemacht, so zählt man schlechtweg dreißig Tage. Das Jahr wird als Zeitjahr nach 365 fortlaufenden Tagen von Moment zu Moment gerechnet.

C. Continuum und utile tempus.

Caj. II, 171—173. l. 4. §. 5. D. de statu lib. (40. 7). l. 8. D. de his qui not. (3. 2.). l. 31. §. 1. D. de usurp. (41. 3). l. 8. C. de dolo malo (2. 21.).

§. 146.

Wird ein bestimmter Zeitraum nach allen seinen Momenten streng gerechnet, so heißt er continuum tempus; wird er aber nur nach jenen Momenten gerechnet, in denen man an der Verfolgung eines Rechts nicht gehindert war, so heißt er utile tempus, welches man jetzt weiter in tempus utile ratione initii, tempus utile ratione cursus und tempus utile ratione initii et cursus eintheilt, wiewohl nur das Letztere unter dem utile tempus der Römer verstanden werden darf.

D. Sg. computatio naturalis und civilis.

§. 147.

Wird ein Zeitraum von Moment zu Moment gerechnet, so nennt man dieß jetzt computatio naturalis. In manchen Fällen aber rechnen die Römer das tempus continuum nach Tagen, was man jetzt computatio civilis nennt. Hiebei muß der Zeitraum als beendigt angenommen werden, wenn der Kalendertag

begonnen hat, in welchen der Anfang des letzten Zeittags fällt *a*). Zu bemerken ist noch, daß bei einer Rechnung nach Tagen der Schalttag nicht als Moment des 24sten Februars, sondern als selbstständiger Tag gerechnet wird.

Sechster Abschnitt.

Von einigen für das materielle Privatrecht wichtigen processualischen Handlungen.

I. Handlungen der Parteien.

A. Litis contestatio.

Caj. III, 180. 181. *Cod.* III, 9. De litis contestatione.

§. 148.

Litis contestatio war im ältern Rechte die gegenseitige feierliche Erklärung der Parteien, welche in einem Rechtsstreite befangen waren, vor dem Prätor unter Zuziehung von Zeugen, als letzter Act vor dem Uebergange des Processes an den judex. Obgleich sie diesen förmlichen Charakter im Justinianischen Rechte verloren hat, so ist ihre Wirkung dieselbe geblieben. Sie ist die bestimmte Erklärung der Parteien gegen einander, aus der man die streitigen Puncte erkennt, und da nach der spätern Gerichtsverfassung dieß nur in der Antwort des Beklagten auf die Klage vollendet wird, so erscheint sie beim schriftlichen Verfahren als der Hauptinhalt der Vertheidigungsschrift. Man theilt sie jetzt gewöhnlich in L. C. affirmativa, wenn der Beklagte die vom Kläger aufgestellten und seiner Klage zum Grunde gelegten Thatsachen anerkennt, in L. C. negativa,

---

a) L. 3. §. 3. D. de minor. (4. 4.). l. 132. 134. D. de V. S. (50. 16). l. 30. §. 1. D. ad L. Jul. de adult. (48. 5). l. 6. D. de O. et A. (44. 7). l. 6. 7. D. de usurp. (41. 3). l. 15. pr. D. de div. temp. praescript. (44. 3). l. 5. D. qui test. fac. poss. (28. 1). l. 1. D. de manumiss. (40. 1).

wenn er diese Thatsachen läugnet, und in L. C. mixta ein, wenn der Beklagte theils läugnet, theils anerkennt. Die exceptio im römischen Sinne (§. 121) kann nur bei der L. C. affirmativa, und so weit sie dieß ist, vorkommen. — Die juristischen Wirkungen der L. C., welche gelegentlich angegeben werden, beruhen meistens auf der Eigenthümlichkeit derselben, wonach sie wie ein Contract der Parteien behandelt wird, mit welchem die obligatorische Natur der actio beginnt (§. 118), weßhalb auch Klagen, welche sonst nicht auf oder gegen die Erben übergehen, nach der L. C. diesen Uebergang zulassen (z. B. §. 234).

B. Von der Beweisführung.

Dig. XXII, 3. De probatt. et praes. *Cod.* IV, 19. De probatt.

§. 149.

Beweis ist die Ueberzeugung des Richters von der Wahrheit einer Thatsache. Diese Ueberzeugung dem Richter zu verschaffen, ist in der Regel Sache der Parteien, und der Act, wodurch dieß geschieht, heißt Beweisführung. Dabei ist es Regel, daß jede Partei diejenigen Thatsachen zu beweisen habe, auf welche sie einen Anspruch oder eine Vertheidigung gründen will, der Kläger die seinem Rechte zum Grunde liegenden Thatsachen, der Beklagte die Thatsachen, durch welche er das Recht des Klägers für schlechthin aufgehoben erklärt, oder auf welche er eine exceptio gründet. Die Auseinandersetzung der Mittel, durch welche der Beweis geführt wird, gehört nicht hierher. Daß aber das Gelingen oder Mißlingen der Beweisführung materiellen Einfluß auf Rechtsverhältnisse hat, und haben muß, leuchtet von selbst ein. — Ausnahmsweise findet für das Daseyn einer Thatsache eine Vermuthung statt, welche jedoch auf verschiedene Weise wirkt. Zuweilen nämlich hat sie keinen Einfluß auf die Beweislast, sondern findet nur statt, weil gewöhnlich solche Thatsachen existiren (sg. praesumtio hominis s. facti). Zuweilen fordern sie schon die Gesetze in der Art, daß die Beweisführung dadurch unnöthig wird, und nur der Beweis des Gegentheils dieselbe aufhebt (sg. prae-

sumtio juris). Zuweilen endlich fordern sie die Gesetze in der Art, daß selbst der Beweis des Gegentheils ausgeschlossen seyn soll (sg. praes. juris et de jure).

II. Handlungen des Richters.

A. Res judicata.

Caj. IV, 106—109. *Paul.* V, 5a. *Dig.* XLII, 1. De re judicata. *Cod.* VII, 45. De sententiis. 52. De re judicata. 56. Quib. res judic. non nocet.

§. 150.

In dem Geschäftskreise des Richters, welcher uns hier nicht näher angeht, bildet die Verpflichtung, streitige Rechtsverhältnisse zu entscheiden einen Hauptbestandtheil. Eine jede Entscheidung dieser Art heißt sententia. Endigt sie den Streit selbst, so heißt sie Endurtheil (definitiva sententia); bestimmt sie nur einen Nebenpunct, so heißt sie interlocutio (sg. sententia interlocutoria). Ist die sententia unabänderlich, entweder weil kein höheres Gericht existirt, welches zu dem entscheidenden Richter eine Instanz bildet, oder weil die Zeit verflossen ist, in welcher sich die Partei an ein höheres Gericht wenden kann, so heißt sie *res judicata*, rechtskräftiges Urtheil. Von diesem gilt die Regel: res judicata jus facit s. pro veritate accipitur, wenn auch das Urtheil mit dem materiellen Rechte nicht übereinstimmen sollte, weßhalb man es auch förmliches Recht nennen kann. Die res judicata erzeugt bald eine exceptio und eine actio, bald eine exceptio allein, je nachdem der Anspruch des Klägers darin anerkannt, oder verworfen wird. In Jenem liegt jedesmal eine Condemnation des Beklagten, in diesem aber nur ausnahmsweise eine Condemnation des Klägers und nur dann, wenn das judicium duplex ist (§. 119. Note a). Damit aber die res judicata eine actio und exceptio erzeuge, oder ein praejudicium (in diesem Sinne) bilde, muß in dem folgenden Proceß, in welchem die actio oder exceptio geltend gemacht werden soll, genau derselbe Rechtssatz in Frage stehen, und es müssen die-

selben Parteien seyn wie im ersten. Deßhalb kann der im ersten Proceß frei gesprochene Beklagte auf die res judicata nie eine Klage gründen, weil die Abweisung des Klägers noch keine Anerkennung des Rechts auf Seiten des Beklagten enthält. Deßhalb gilt ferner die Regel: inter alios judicata aliis non praejudicant, oder wie man jetzt sagt: res judicata jus facit *inter partes*. Indessen brauchen zur Wirksamkeit der res judicata im zweiten Proceß weder die Klagen noch der Gegenstand derselben genau die nämlichen zu seyn, wiewohl der Rechtsgrund, wenigstens bei in rem actiones, derselbe seyn muß. — Die Wirkungen der res judicata gehen auf alle Arten der Successoren über, sowohl auf die sg. Singular= als auf die sg. Universalsuccessoren.

B. Missio in possessionem.

Dig. XLII, 4. Quib. ex caus. in possess. eatur. 5. De reb. auct. jud. possid. *Cod.* VII, 72. De bon. auctor. judic. possid.

§. 151.

Unter missio in possessionem ist überhaupt die Einweisung einer Person in den Besitz von fremden Gütern durch den Magistrat auf vorgängiges Nachsuchen entweder zur Sicherung eines Rechts oder Anspruchs, oder zum Zweck eines Zwanges gegen Ungehorsame zu verstehen. Sie ist entweder missio in bona, oder missio in singulas res, je nachdem die Person in ein Vermögen als Ganzes oder doch in ein Bruchtheil desselben, oder in eine einzelne Sache eingewiesen wird. Die allgemeine Wirkung ist die Befugniß zur Detention und ein Pfandrecht an dem Vermögen oder der Sache, in welche eingewiesen ist. Auch hat der missus als Rechtsmittel ein eignes Interdict (§. 283). Die besondern Wirkungen so wie die einzelnen Fälle kommen gelegentlich vor.

C. In integrum restitutio.

Paul. I, 7–9. *Dig.* IV, 1. De in I. R. n. 2–7. *Cod.* II, 20–55.

1) Begriff der in integrum restitutio.

§. 152.

Schon im §. 27 wurde die in integrum restitutio s. integri restitutio als eines von den Mitteln erwähnt, deren sich der Prätor bediente, um die Strenge des jus civile durch aequitas zu mildern. Nach dem jus civile waren nämlich gar manche Rechtsgeschäfte vollgültig und wirksam, gegen deren Vollgültigkeit und Wirksamkeit die aequitas sprach. Der Prätor aber war das Organ, durch welches jene Strenge gemildert wurde, indem er gegen derartige Geschäfte eine exceptio, und in Fällen, wo diese nicht schützen konnte, in integrum restitutio gab. Diese ist nun Aufhebung eines der Strenge nach vollgültigen Geschäfts und die Wiederherstellung des vor dem Geschäfte bestandenen Rechtsverhältnisses durch den Prätor, und im spätern Rechte durch jede richterliche Behörde, auf vorgängiges Ansuchen der Partei, welche durch jenes Rechtsgeschäft gelitten hatte. Die Bitte um diese restitutio kann, wenigstens im neuern Recht, auch in eine Klage eingekleidet werden, welches gewöhnlich dann der Fall ist, wenn das Geschäft schon in Wirksamkeit getreten ist, oder in eine exceptio, wenn entweder die Wirksamkeit des Geschäfts noch nicht angefangen hat, oder der verletzte Theil, nachdem das Geschäft schon realisirt war, auf irgend eine Weise wieder in den Besitz des ihm durch dasselbe Entzogenen gekommen ist.

2. Erfordernisse derselben.

a) Im Allgemeinen.

§. 153.

Die Erfordernisse zur Zulässigkeit der integri restitutio sind: 1) ein nicht bloß durch Zufall herbeigeführter, auch nicht ganz unbedeutender Nachtheil, zu dessen Aufhebung dem Verletzten, wenigstens in der Regel, kein ordentliches Rechtsmittel verhelfen kann; 2) daß der Verletzte ohne seine Schuld verletzt ist;

3) ein rechtmäßiger Grund für die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, und endlich 4) eine bestimmte Zeit, in welcher das Gesuch um Restitution angebracht werden muß, insofern durch Klage darauf gedrungen werden soll.

b) Insbesondere.

A) Von den Gründen der in integrum restitutio.

§. 154.

Im prätorischen Edict ist eine Reihe von rechtmässigen Restitutionsgründen angegeben. Doch beschränkte sich der Prätor nicht auf die namentlich genannten, sondern versprach allgemein: Item si qua alia mihi justa causa esse videbitur, in integrum restituam. In solchen nicht namentlich genannten Fällen nennt man jetzt die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand: restitutio ex clausula generali praetoris. Die besonders genannten Restitutionsgründe sind, wenn die Verletzung durch das Geschäft sich 1) auf einen Zwang gründet (279), oder 2) auf einen Betrug (§. 278). 3) Wenn ein minor XXV annis durch irgend ein Geschäft in Nachtheil gekommen ist, und kein anderer Grund für die Aufhebung des Geschäfts vorhanden ist. Dieses Recht der Minderjährigen ist auch auf Städte und jetzt überhaupt auf alle Gemeinheiten ausgedehnt, deren Angelegenheiten durch Vorsteher besorgt werden, so wie auf andere Personen, welche einen curator haben (§. 372). 4) Wegen Abwesenheit, was zunächst auf eine Abwesenheit vom Wohnorte (§. 137), sodann aber auch auf jede factische Behinderung, wie Geistesabwesenheit, Gefangenschaft zu beziehen ist. 5) Wegen Irrthum, wenn er ganz unverschuldet ist (§. 129), insofern er nicht sofortige Nichtigkeit bewirkt, oder die ordentlichen Rechtsmittel zur Abwendung des Nachtheils gebraucht werden können, und er überhaupt berücksichtiget wird. 6) Wegen minima capitis diminutio (§. 83), wogegen die Gläubiger in integrum restituirt werden können (§. 343). 7) Wegen arglistiger Veräusserungen eines Ueberschuldeten zum Nachtheil der Gläubiger, was in das Proceßrecht gehört.

B) Von den Fristen der in integrum restitutio.

§. 155.

Soll die restitutio 1) in Form einer Klage, der dann die replicatio gleich steht, geltend gemacht werden, so ist im alten Rechte dafür allgemein ein utilis annus (§. 146) bestimmt. Durch Constantins und Justinians Aenderungen ist für die Klage wegen dolus ein continuum biennium bestimmt, binnen welchem der Proceß angefangen und entschieden seyn muß. Ferner findet der regelmäßige utilis annus nicht mehr bei Minderjährigen und Solchen statt, welche wegen absentia restituirt werden, indem für beide ein continuum quadriennium vorgeschrieben ist, in welchem die restitutio nachgesucht und erlangt werden muß. Bei Minderjährigen fängt dieses quadriennium mit der Volljährigkeit an, und sterben sie als minores, so haben ihre Erben so lange, bis die Volljährigkeit anfinge und noch vier Jahre dazu, das Recht, auf Restitution zu dringen. 2) Da eine exceptio nicht der Verjährung unterliegt, so gilt für sie, wie für die duplicatio, keine Zeit, in welcher die restitutio geltend gemacht werden muß. —

3. Wirkung der in integrum restitutio.

§. 156.

Die Wirkung der restitutio ist für den Benachtheiligten, wie für seine Successoren, die Wiederherstellung des Verhältnisses, wie es vor dem verletzenden Geschäfte war, was dann natürlich auch dem Restituirten Nachtheil bringen kann. Ist eine Sache zufolge der Restitution zurückzugeben, so muß die Zurückgabe mit den unterdessen gezogenen Früchten geschehen und accessorische Rechte werden mit den Hauptrechten wieder hergestellt. Gegen Dritte wirkt die Restitution in der Regel nicht und da das Geschäft, gegen welches restitutio gegeben wird, nach der Strenge gültig ist, so sind die in Folge desselben zwischen dem Geschäft und der Nachsuchung um Restitution vorgenommenen Handlungen gültig, und werden durch dieselbe nicht aufgehoben.

Zweiter Theil.

Erstes Buch.

Das Sachenrecht.

Einleitung.

§. 157.

Alle im Sachenrecht, als dem ersten Haupttheile des Vermögensrechts, vorkommenden Rechte haben das Charakteristische, daß sie das unmittelbare, absolute, rechtliche Verhältniß der Person zur Sache darstellen. Für alle hierher gehörige Rechte hat man den Gesammtausdruck „dingliche Rechte" und im neuern Latein „jura realia" geltend gemacht. Die Grundlage des Sachenrechts bildet das Eigenthum, und dieses mit den aus ihm abgeleiteten Rechten erschöpft alle an der Sache mögliche, unmittelbare, absolute Rechte. Das Sachenrecht umfaßt daher das Eigenthum, die Servitut, die Emphyteusis und Superficies und das Pfandrecht. Diese dinglichen Rechte nennt man jetzt auch, weil sie als absolute Rechte durch in rem actio s. vindicatio geltend gemacht werden, jura in rem.

Erster Abschnitt.

Vom Eigenthum.

Caj. II, 1—97. *Ulp.* XIX. Vergl. Hugo R. G: S. 191. ff. 509 ff. 922 ff. 1120 ff. Schweppe R. G. §. 265 — 279. — *Inst.* II, 1. De rer. div. et acq. ips. dom. *Dig.* XLI, 1. De acq. rer. dom.

Einleitung.

Caj. I, 54. II, 40. *Cod.* VII, 25. De nudo jure Quiritium tollendo.

§. 158.

Cajus versichert uns ausdrücklich, ursprünglich habe es in Rom nur ein Eigenthum gegeben, indem man nur entweder ex jure Quiritium Eigenthümer habe seyn können, oder gar nicht als Eigenthümer anerkannt worden sey. Gewiß schon frühe indessen erkennen die Römer auch ein Eigenthum unter der technischen Bezeichnung in bonis (esse) an, auf welches später selbst die Bezeichnung dominium ausgedehnt wurde. Daneben legten sie auch der bonae fidei possessio solche Folgen bei, daß dieselbe als Surrogat des Eigenthums angesehen werden kann. Allmählich verwischten sich die im alten Rechte so wichtigen Unterscheidungen zwischen jenen zwei Formen des Eigenthums immer mehr, bis am Ende Justinian förmlich und feierlich allen noch übrigen Unterschied aufhob und so im neuesten Rechte nur ein Eigenthum existirt, neben welchem die bonae fidei possessio in ihrer alten Bedeutung fortbestehen blieb. Im Folgenden ist nun von diesem einen Eigenthum, seinem Begriffe, seinem Inhalte, seinem Erwerb und Verluste zu handeln.

I. Begriff, Inhalt und Beschränkungen.

A. Begriff des Eigenthums.

§. 159.

Das Eigenthum, (dominium, proprietas), dessen vollständigen Begriff das Justinianische Recht nicht bestimmt hat, ist die unbegränzte und ausschließliche, unmittel-

bare, rechtliche Herrschaft der Person über eine körperliche Sache. Diese Begriffsbestimmung ergiebt als Inhalt des Eigenthums einen positiven und einen negativen Bestandtheil; der Eigenthümer behandelt die Sache mit unbegränzter Willkühr, und schließt jeden Andern aus, und beides nicht bloß factisch, sondern rechtlich. Die dingliche Natur liegt in dem unmittelbaren Verhältnisse der Person zur Sache.

B. Inhalt des Eigenthums.

§. 160.

Das Eigenthum umfaßt alle rechtliche Verhältnisse, in welchen die Person zur Sache stehen kann. Der Inhalt desselben läßt sich nach dem positiven und negativen Bestandtheil also angeben: 1) Der Eigenthümer kann die Sache mit unbegränzter Willkühr behandeln; daher hat er a) die Befugniß, die Sache zu besitzen (jus possidendi), b) über dieselbe zu verfügen (jus disponendi), daher auch sie zu verändern und zwar sowohl physisch als juristisch, indem er Andern Rechte an der Sache ertheilt, daher auch das Recht der Veräusserung (jus alienandi) und zwar der totalen (Eigenthumsveräusserung) und der partiellen (Verzichtleistung auf irgend ein im Eigenthum enthaltenes Recht) *a*), c) die Befugniß die Sache zu benützen, also jeden möglichen Vortheil aus der Sache zu ziehen; daher die Sache selbst zu gebrauchen (jus utendi) und Früchte aus derselben zu ziehen (jus fruendi). 2) Der Eigenthümer kann einen jeden Andern von der Einwirkung auf seine Sache ausschließen, also ihm den Besitz wehren, daher auch die Sache aus seinem Besitze zurückfordern, ihn von der Disposition über dieselbe ausschließen, und ihm die Benutzung und den Fruchtgenuß verwehren.

C. Beschränkungen des Eigenthums.

§. 161.

Das Eigenthum ist ein an und für sich unbeschränktes Recht. Aus der Natur der Sache aber folgt, daß alle Aeusserungen

---

a) Vergl. l. 7. cod. de reb. alien. non alienand. (4. 51.)

desselben den Gegenstand nicht überschreiten dürfen. Daher ist namentlich der Eigenthümer zwar befugt, alle mögliche Verfügungen zu treffen, wenn sie auch einem Andern schaden sollten, so lange diese Verfügungen nicht in den Rechtskreis eines andern schreiten; allein er muß sich jeder Handlung enthalten, welche einen Eingriff in das Eigenthum eines Andern begreift. Ausserdem giebt es aber auch künstliche Einschränkungen des Eigenthums. Diese beruhen entweder auf Privatwillkühr oder auf allgemeinen Vorschriften. A) Auf Privatwillkühr beruhen jene Einschränkungen, welche der Eigenthümer kraft seines jus alienandi sich macht. Er kann eine Aeusserung seines Eigenthums aus demselben ablösen und auf eine andere Person in der Art übertragen, daß diese, kraft eignen Rechts, sein Eigenthum beschränkt. Ein auf diese Weise beschränktes Eigenthum, welches aber darum nicht aufhört Eigenthum zu seyn *a*), nennt man wohl auch ein belastetes, und im Gegensatze davon, das unbeschränkte ein freies Eigenthum. So kann das Benutzungsrecht und der Fruchtgenuß aus dem Eigenthum abgelöst (nuda proprietas im Gegensatz von plena proprietas), es kann das Eigenthum widerruflich (sg. dominium revocabile), ja es kann eine Sache im gemeinschaftlichen Eigenthume Mehrerer seyn, so daß Jedem ein idealer Antheil daran zusteht (rem pro indiviso habere, das sg. condominium). Dagegen kann nicht von Mehreren ein Jeder Eigenthümer der ganzen Sache seyn *b*), indem dieß dem Begriffe des Eigenthums widersprechen würde. B) Auf allgemeinen Vorschriften beruhen manche Beschränkungen, wo dann der Eigenthümer verbunden seyn kann, etwas zu leiden, was er an sich nicht zu leiden brauchte, z. B. den natürlichen Abfluß des Regenwassers, etwas zu unterlassen, was er an sich vornehmen dürfte, z. B. eine Veräußerung, endlich etwas zu thun, was er an sich nicht thun müßte, z. B. ein Schaden drohendes Gebäude auszubessern, oder Caution de damno infecto zu bestellen.

---

a) L. 25. D. de V. S. (50. 16).

b) L. 5. §. 15. D. commodati (13. 6.).

II. Erwerb des Eigenthums.

Einleitung.

§. 162.

Zum Erwerb des Eigenthums ist erforderlich 1) eine erwerbfähige Person. Allgemein unfähig ist nur Derjenige, dem die Vermögensfähigkeit fehlt. 2) Eine erwerbfähige Sache. Allgemein unfähig sind res extra commercium (§. 101). 3) Eine rechtmäßige Erwerbart. Die Erwerbarten des Eigenthums werden von den Römern in solche eingetheilt, welche nach dem jus gentium und in solche, welche nach dem jus civile Eigenthum geben (sg. acquisitiones naturales und civiles) *a*). Mit dieser Eintheilung bezeichneten sie, daß eine Erwerbsart des Eigenthums entweder im jus gentium gegründet, in diesem entstanden sey, oder im jus civile. Indessen kann diese Eintheilung, da sie im Justinianischen Rechte von keiner Bedeutung mehr ist, hier nicht zum Grunde gelegt werden. Vielmehr gehen wir hier *b*) von der Frage aus, ob das Eigenthum erworben werde durch eine Handlung, und in diesem Falle durch ein zweiseitiges Geschäft oder durch einseitige Handlung des Erwerbenden oder ohne sein Zuthun. Dabei ist es wichtig, ob in dem Erwerb eine juristische Succession liegt oder nicht (§. 114). Man erwirbt nämlich das Eigenthum entweder an einer Sache, die unmittelbar vorher keinen Eigenthümer hatte (res nullius) oder an einer Sache, die unmittelbar vorher im Eigenthum eines Andern stand, so daß also mit dem Erwerb auf Seite des Einen der Verlust auf Seite des Andern verbunden ist. Beruht nun im zweiten Falle der neue Erwerb auf einem juristischen Verhältnisse zwischen dem Erwerbenden und Verlierenden, so ist das neue Eigenthum eine Fortsetzung des alten, und der neue Erwerber ist successor des vorigen Eigenthümers. Daher theilt man die Erwerbarten in

---

a) L. 1. pr. Dig. h. t. (41. 1).

b) Ueber den Erwerb durch Erbfolge und Vermächtniß unten im Erbrechte.

originäre und derivative. Uebrigens ist es im neuesten Rechte gleichgültig, ob man den Act der Erwerbung selbst vornimmt oder durch einen Repräsentanten.

A. Erwerb durch Handeln des Erwerbenden.

1. Durch zweiseitiges Geschäft.

Ulp. XIX, 7. 16. §. 40. 41. 36. Inst. h. t. (2. 1.). l. 20. pr. D. h. t. (41. 1.). l. 42. D. D. usurp. et usucap. (41. 3.). l. 45. D. de O. et A. (44. 7.). §. 4—7. Inst. de off. judic. (4. 17.).

§. 163.

Hierher gehört 1) die Tradition, d. h. die Uebertragung des Besitzes einer Sache durch deren Eigenthümer in der Absicht, dadurch das Eigenthum auf den Erwerber der Sache übergehen zu lassen. Diese Erwerbart erfordert daher, a) daß der Tradent Eigenthümer sey, oder wenigstens nachher werde, oder als Repräsentant des Eigenthümers handle (z. B. §. 201), und in der Veräußerungsbefugniß nicht beschränkt sey; b) wirkliche Uebertragung des Besitzes (§. 143); c) die Absicht des Tradenten, Eigenthum zu übertragen, welche sich durch eine Thatsache äußern muß (justa causa). d) Fähigkeit und Absicht des Empfängers der Sache, Eigenthum zu erwerben. e) Nur wenn die justa causa traditionis in einem Kaufcontract liegt, muß der Erwerber zugleich den Kaufpreis bezahlt, oder doch wenigstens auf Credit gekauft haben, damit er Eigenthum erwerbe. Gleichfalls auf zweiseitigem Geschäfte beruht 2) der Erwerb des Eigenthums an den Früchten durch den Usufructuar, Pächter, oder wer auf andere Weise von dem Eigenthümer das Recht erhalten hat, die Früchte einer Sache zu ziehen. Der Erwerb geschieht hier meistens durch die Perception, d. h. durch die Ergreifung des Besitzes. 3) In einem Theilungsproceß erwirbt Derjenige, dem der Richter eine gemeinschaftliche Sache zuerkennt, das Eigenthum sofort durch den Zuspruch des Richters, ohne daß eine Tradition nothwendig ist (adjudicatio §. 288).

2. Durch einseitiges Handeln des Erwerbenden.

a) Occupatio.

Caj. II, 66. seq. §. 12—18. Inst. h. t. (2. 1.). *Dig.* XLIX, 15. De captivis etc.

§. 164.

Occupation ist die Ergreifung einer herrenlosen Sache, in der Absicht, sich das Eigenthum derselben zuzueignen. Diese Erwerbart erfordert daher gehörige Besitzergreifung (§. 142), eine herrenlose, oder doch als solche erklärte Sache, und den animus domini. Hierher gehört 1) Jagd, Fischerei und Vogelfang; 2) zum Theil Auffindung eines Schatzes, d. h. einer seit längerer Zeit absichtlich verborgenen beweglichen Sache von Werth, deren Eigenthümer nicht auszumitteln ist (§. 171), und 3) die Erbeutung im Krieg. Ihr Gegenstand, bei welchem postliminium eintreten kann, sind sowohl die Personen als alle beweglichen Sachen des Feindes, indem diese für herrenlos erklärt sind, nicht aber die Grundstücke, denn diese befinden sich nach der Ansicht der Römer im Eigenthume des römischen Volkes.

b) Sg. Specification.

§. 25. 30—34. Inst. h. t. (2. 1.). l. 7. §. 7. D. h. t. (41. 1.). l. 14. D. de condict. indebit. (12. 6.). l. 52. §. 14. D. de furtis (47. 2.).

§. 165.

Specification nennt man die absichtliche Umgestaltung einer Materie oder mehrerer Materien in einen neuen Körper. 1) Gestaltet der Specificant seine eigne Materie um, so erwirbt er das Eigenthum des neuen Körpers unbedingt. Eben so 2), wenn die Materie theils eigen, theils fremd ist. Gehört 3) die Materie einem Fremden allein, so erwirbt der Specificant, vorausgesetzt, daß er für sich zu erwerben die Absicht hatte (suo nomine), den neuen Körper nur, wenn er nicht in seine vorige Gestalt zurückgebracht werden kann, wobei seine bona oder mala fides keinen Unterschied macht. In den beiden letzten Fällen finden aber Entschädigungsforderungen statt,

und zwar auf Seite des Specificanten, wenn er die neue Species nicht erwirbt und bona fide handelte, auf Seite des Eigenthümers der verarbeiteten Materie, so weit der Specificant, wenn er bona fide handelte, reicher geworden ist. Handelte der Specificant mala fide, so haftet er dem Eigenthümer der Materie, wie ein Dieb.

b) Ersitzung.

Caj. II, 42. *Ulp.* XIX, 8. *Paul.* V, 2. *Cod. Theod.* IV, 15. *Inst.* II, 6. De usucapionibus. *Dig.* XLI, 3. De usurpationib. et usucapionib. — Vergl. Hugo R. G. S. 217 ff. 531. 923. f. 999. 1121. Schweppe R. G. §. 273. ff. *Cod.* VII, 26—40. *Nov.* 22. c. 24. *Nov.* 119. c. 7. *Nov.* 131. c. 6.

A) Begriff und Arten.

§. 166.

Ersitzung (usucapio) ist der Erwerb des Eigenthums einer Sache durch fortgesetzten Besitz. Nachdem Justinian den Unterschied zwischen der alten usucapio und der spätern longi temporis possessio durch eine Theorie und Praxis in Harmonie bringende Verschmelzung beider Institute zu einem Einzigen aufgehoben hat, giebt es im neuesten römischen Rechte, in welchem da, wo ehemals die Grundsätze bei der usucapio und der l. t. possessio verschieden waren, die der letztern zur Anwendung kommen, nur noch zwei Arten der Ersitzung — die ordentliche (sg. usucapio ordinaria) und die außerordentliche (sg. usucapio extraordinaria).

B) Erfordernisse einer jeden Ersitzung.

L. 25. 2. 5—7. 23. §. 2. D. h. t. (41. 3.). §. 1. Inst. h. t. (2. 6.). l. 26. cod. de R. V. (3. 32.). l. 2. cod. de annali except. (7. 40.). l. 1. cod. de praescript. l. t. (7. 33.). l. 14. D. de divers. temporal. praescr. (44. 3.). l. 30. cod. de jure dotium (5. 12). l. 7. §. 4. l. 3. cod. de praescr. 30. vel 40. ann. (7. 39.). l. 1. §. 2. cod. de praes. 30. vel 40. ann. (7. 39). l. 1. §. 2. cod. de annali except. (7. 40).

§. 167.

Damit eine Sache durch Ersitzung in Eigenthum erworben werde, muß 1) der Besitz ununterbrochen eine gewisse Zeit

hindurch gewährt haben. Eine jede Erſitzung hemmende Unterbrechung des Beſitzes (usurpatio) liegt nur in dem wirklichen Verluſte des Beſitzes (naturaliter interrumpitur possessio, ſg. usurpatio naturalis). Eine ſg. usurpatio civilis, bei der ordentlichen Erſitzung durch litis contestatio, bei der auſſerordentlichen durch Mittheilung der Klage an den Beklagten, bei beiden im Fall einer Abweſenheit des Beſitzers oder wenn ein anderer Grund ſtatt findet, warum derſelbe nicht belangt werden kann, eine gehörige öffentliche Proteſtation hebt den Beſitz nur dem Uſurpirenden gegenüber auf; im Verhältniß zu Dritten iſt der Beſitz nicht unterbrochen, und gegen ſie läuft daher die Uſucapion fort. Eine juriſtiſche Succeſſion in den Beſitz der Sache unterbricht dieſen nicht, ſondern der Beſitz des juriſtiſchen Vorgängers kommt dem Nachfolger zu Gute (accessio possessionis). Für jede Erſitzung iſt im neueſten Rechte die Zeit nach der ſg. computatio naturalis zu berechnen (§. 147). 2) Der Uſucapient muß bei dem Anfange des Beſitzes in bona fide ſeyn, d. h. er muß glauben, mit der Beſitzergreifung Eigenthum erworben zu haben *a*). 3) Die zu erwerbende Sache muß erſitzungsfähig ſeyn. Abſolut unfähig ſind nur die dem Verkehr entzogenen Sachen. 4) Rechtliche Möglichkeit auf Seiten des Eigenthümers, ſein Recht geltend zu machen. Fehlt dieſe, ſo ruht die Erſitzung (ſg. praescriptio dormiens). Deßhalb ſind Dotalſachen während der Ehe, die im ſg. peculium adventitium der Hauskinder ſich befindenden Sachen, ſo lange die väterliche Gewalt, die Sachen der Pupillen, ſo lange die Tutel dauert, der Erſitzung entzogen, und eben ſo ruht jede Erſitzung fremder Baumaterialien, ſo lange ſie mit dem Gebäude verbunden bleiben. Eine bloß factiſche Unmöglichkeit der Rechtsverfolgung hemmt die Erſitzung nicht.

---

a) L. 2. §. 13. l. 7. §. 4. D. pro emtore (41. 4.). Der Käufer muß nicht bloß im Augenblicke der Beſitzergreifung, ſondern auch bei'm Abſchluſſe des Contracts in bona fide geweſen ſeyn. L. 2. pr. D. eod. —

C) Besondere Erfordernisse.

a) Der ordentlichen Ersitzung.

§. 9. 2. 3. 11. pr. Inst. h. t. (2. 6.). l. 31. §. 6. D. h. t. (41. 3.). l. 1. cod. de praescr. l. t. (7. 33.) l. 9. 3. cod. de praescr. 30. vel 40. ann. (7. 39.). l. 2. cod. de usuc. pro emt. (7. 26.). l. 2. §. 15. D. eod. (41. 4.). l. 3. §. 3. cod. commun. de leg. (6. 43.). l. 24. cod. de R. V. (3. 32.). Nov. 131. c. 6. Nov. 119. c. 7. 8. Nov. 22. c. 24. *Dig.* XLI, 4—10. *Cod.* VII, 26—31.

§. 168.

Die usucapio ordinaria (l. t. possessio) erfordert 1) eine dieser Ersitzung fähige Sache (res habilis). Unfähig zur ordentlichen Ersitzung sind: alle Güter des Fiscus und der Kirchen und alle Sachen der römischen Kirche; Sachen, die in einem Proceß befangen waren, welcher liegen geblieben ist, soweit in demselben wirklich eine usurpatio lag; die Sachen der Minderjährigen; Sachen, deren Besitz durch Diebstahl oder Gewalt *a*), durch Veräusserung von Seite eines unredlichen Besitzers *b*), doch so daß der Eigenthümer weder von seinem Rechte noch von der Veräußerung weiß, durch Veräusserung des Vaters nach aufgehobener väterlicher Gewalt, endlich durch Veräusserung des Erben oder Vormundes gegen ein testamentarisches Verbot verloren ist. 2) Die Besitzergreifung muß sich auf eine justa causa oder einen justus titulus (justum initium) gründen, d. h. der Ersitzende muß einen gültigen Grund haben, warum er sich für den Eigenthümer halten kann. Solche Titel sind z. B. der titulus pro emtore, pro herede, pro donato, pro soluto, pro derelicto, pro legato, pro adjudicato, pro dote, pro suo. Besteht der Titel in einem Geschäfte, welches an sich

---

a) Solche Sachen heißen furtivae res, vi possessae und behalten diese Eigenschaft so lange, bis sie einmal wieder in den Besitz des Eigenthümers zurückgekehrt sind, oder der Dieb u. s. f. das Eigenthum derselben erworben hat.

b) Sind solche Sachen beweglich, so heißen sie ebenfalls furtivae res. Sind sie unbeweglich, so kann nur der unmittelbare Nachfolger des malae fidei possessor sie nicht ersitzen.

nicht fähig ist Eigenthum zu übertragen, so ist er kein justus titulus; aber ein entschuldbarer Irrthum (§. 129) über das Geschäft (sg. titulus putativus) oder über die Person des auctor schadet nicht. 3) Die Zeit, in welcher der Ersitzende ununterbrochen besitzen muß, ist bei beweglichen Sachen drei, bei unbeweglichen entweder zehn oder zwanzig Jahre, je nachdem der wahre Eigenthümer und der Ersitzende in derselben Provinz wohnen (inter praesentes) oder in verschiedenen Provinzen (inter absentes). Sind der Eigenthümer und der Ersitzende theils inter praesentes und theils inter absentes, so müssen zwei Jahre inter absentes für ein Jahr inter praesentes gerechnet werden und umgekehrt. —

b) Der ausserordentlichen Ersitzung.

Cod. VII, 39. De praescriptione XXX. vel XL. annorum.

§. 169.

Die ausserordentliche Ersitzung (XXX. vel XL. annorum praescriptio, auch sg. longissimi temporis praescriptio) beruht auf einer durch Justinian vorgenommenen Verschmelzung der Grundsätze über die Verjährung der Eigenthumsklage mit jenen über die Ersitzung. Wenn nämlich jemand eine fremde, gleichviel ob unbewegliche oder bewegliche, Sache, wenn sie auch der ordentlichen Ersitzung entzogen seyn sollte, und wenn sich sein Besitz auch nicht auf einem justus titulus gründet, dreißig, oder bei Sachen des Fiscus und der Kirchen und bei solchen Sachen, über welche ein Proceß angefangen, aber liegen geblieben ist (von der letzten Proceßhandlung an gerechnet) vierzig, Sachen der römischen Kirche aber hundert Jahre hindurch besessen hat, so erwirbt er das Eigenthum derselben, vorausgesetzt, daß er im Anfange des Besitzes in bona fide war. Fehlte ihm die letztere, so tritt bloß Verjährung der Eigenthumsklage ein.

D) Wirkungen der Ersitzung.

§. 170.

Die Hauptwirkung jeder Ersitzung ist Erwerb des vollen Eigenthums auf Seiten des Ersitzenden. Daraus folgt, daß das Recht des frühern Eigenthümers erlischt, auch wenn die Zeit für die Klagenverjährung noch nicht verflossen seyn sollte. Der frühere Eigenthümer verliert also nicht sein Eigenthum lediglich darum, weil er davon keinen Gebrauch machte, sondern weil ein Anderer das Eigenthum erwirbt, nach dem Grundsatze, daß es nicht zwei Eigenthümer einer und derselben Sache geben kann (§. 161). Durch die vollendete Ersitzung werden keineswegs für sich selbst persönliche Klagen und Forderungen aufgehoben *a*). Uebrigens wird der Verlust des Eigenthums durch Ersitzung als alienatio betrachtet, obgleich eine juristische Succession nicht stattfindet *b*). —

B. Durch zufällige Umstände.

1. Accession.

§. 171.

Unter Accession versteht man den Erwerb des Eigenthums einer Sache, weil der Erwerbende Eigenthümer einer andern Sache ist, zu der sich die zu erwerbende Sache als Nebensache verhält, nach der Regel accessio cedit principali *a*), wiewohl nicht in allen Fällen die sg. Hauptsache auch wirklich Hauptsache ist. Durch Accession in diesem Sinne werden 1) Sachen erworben, die bisher keinen Herrn hatten und ohne diese Erwerbung herrenlos wären. So erwirbt der Eigenthümer einer Sache alles organisch aus derselben Erzeugte, und ihr ohne seine Mitwirkung von Außen her Zuwachsende. Hierher gehört a) der Erwerb der Früchte, der Jungen, der

a) L. 3. cod. in quib. caus. cess. l. t. praescr. (7. 34.). L. 5. cod. quib. non objic. l. t. praescr. (7. 35.).

b) L. 28. pr. D. de V. S. (50. 16.).

a) L. 23. §. 1. l. 19. §. 13. D. de auro argent. legat. (34. 2.).

Sclavenkinder, ohne Rücksicht auf den Vater, welcher Erwerb erst in dem Augenblicke stattfindet, wo die Sachen selbstständig zu existiren anfangen, dann aber auch sogleich *b*). b) Der Erwerb von neu angelegtem oder erhöhtem und dadurch trocken gewordenem Lande (alluvio), von einer in dem Flusse entstandenen, mit dem Boden zusammenhängenden Insel, von dem Lande, das dadurch entsteht, daß der Fluß sein Bett bleibend verläßt (alveus relictus) *c*). In den beiden letzten Fällen erwerben die Eigenthümer der an dem Flusse liegenden Grundstücke nach der Breite derselben das neue Land. c) Theilweise der Erwerb des Schatzes *d*) (siehe oben §. 164). Wird der Schatz nämlich in eignem Grunde gefunden, so gehört er dem Eigenthümer ganz; wird er aber, und zwar zufällig in fremdem Boden gefunden, so gehört er halb dem Finder, halb dem Eigenthümer; wird er durch absichtliches Nachsuchen gefunden, so gehört er dem Eigenthümer ganz *e*).

Fortsetzung.

L. 21. 25—34. Inst. h. t. (2. 1.). L. 6. 7. §. 1. D. ad exhib. (10. 4.). L. 23. §. 4—6. l. 5. pr. §. 1. 2. 3. l. 3. §. 2. D. de R. V. (6. 1.). L. 7. §. 8—10. 12. l. 9. §. 2. l. 12. §. 1. D. h. t. (41. 1.).

§. 172.

Durch Accession wird 2) das Eigenthum solcher Sachen erworben, die bisher im Eigenthum anderer Personen

---

b) L. 5. §. 2. l. 44. D. de R. V. (6. 1.). §. 19. Inst. de rer. div. (2. 1.)

c) §. 20. 22. 23. Inst. eod. Dadurch, daß der Fluß durch einen neuen Arm das Grundstück zur Insel macht, wird das bisherige Eigenthum nicht aufgehoben, und eben so wenig durch eine vorübergehende Ueberschwemmung l. 1. §. 10. D. de flum. (43. 12.) §. 24. Inst. eod.

d) §. 39. Inst. eod.

e) Verheimlicht der Finder den auf fiscalischem Boden gefundenen Schatz, so muß er ihn dem Fiscus doppelt herausgeben. L. 3. §. ult. Dig. de jure fisci (49. 14.). Wird der Schatz auf herrenlosem Boden gefunden, so gehört er dem Finder allein. Werden aber beim Aufsuchen Zauberkünste angewandt, so fällt der Schatz an den Fiscus. *Cod.* X, 15: de thesaur.

gewesen sind. Es gehört hierher a) die sg. *adjunctio*, d. h. die Vereinigung einer accessorischen Sache mit einer andern ohne innere Umgestaltung. Ist in diesem Fall eine Trennung ohne Zerstörung möglich, so bleiben beide Sachen ihren vorigen Eigenthümern, und jeder kann auf die Trennung klagen mit der ad exhibendum actio. Ist aber eine Trennung nicht möglich, so erwirbt der Eigenthümer der Hauptsache auch das Eigenthum der accessorischen. Jedoch muß in der Regel der Gewinnende den Verlierenden entschädigen; wobei es bald auf die bona oder mala fides ankommt, bald auf den Umstand, ob der Gewinnende oder Verlierende die Adjunction vornimmt, und bald auf die Frage, wie weit der Gewinnende reicher wird. Die hierher gehörenden Fälle sind das Anschmieden, das Einweben, das Schreiben, wobei der Herr des Papiers Eigenthümer wird, das Malen, wobei der Maler Eigenthümer wird, das Bauen, wobei das Gebäude dem Herrn des Bodens anfällt *a*), der Fall, daß ein Fluß ein ganzes Stück Land auf einmal an ein anderes ansetzt (*avulsio*), wenn die Verbindung fest geworden ist; endlich das Säen und Pflanzen, insofern bei dem Letztern die Pflanze Wurzel geschlagen hat. In die letzte Kategorie gehört auch der Fall, daß Jemand abgerissene Rasenstücke von dem Lande des Andern an sein Grundstück zieht, und diese hier anwachsen. b) Die Vermischung verschiedenen Eigenthümern zugehöriger Sachen, seyen diese feste Körper (sg. commixtio), oder Flüssigkeiten (sg. confusio). Hiedurch wird, und zwar ohne Rücksicht auf Gleichartigkeit der Sachen, das Ganze gemeinschaftlich, wenn ein Zufall oder Einwilligung beider Theile die Mischung veranlaßt hat; ebenso verhält es sich, wenn

a) Wird fremdes Material in ein Gebäude eingebaut, so verliert der Eigenthümer sein Recht nicht, kann aber das Material nicht vindiciren, jedoch mit einer eignen Klage (de tigno juncto actio) auf den doppelten Werth klagen. Nach der Trennung des Materials kann er dasselbe vindiciren und gegen den Dieb selbst dann, wenn dieser den doppelten Werth erstattet hatte. l. 2. D. de tigno juncto (47. 3.).

nur Einer einseitig gleichartige Sachen gemischt hat, deren Absonderung nicht wohl möglich ist. Hat aber der Eine ungleichartige Sachen einseitig gemischt, so ist es Specification (worüber §. 165).

2. Erwerb aus andern Gründen.

§. 173.

Es gehören hierher sehr verschiedenartige Fälle. 1) Wenn Jemand eine Sache in dem guten aber falschen Glauben, er sey Eigenthümer derselben, besitzt (bonae fidei possessor), so erwirbt er das Eigenthum der Früchte dieser Sache, wenn sie getrennt sind, durch Consumtion und Usucapion derselben. Der malae fidei possessor erwirbt kein Eigenthum an den Früchten, und muß selbst die consumirten ersetzen *a*). 2) Der Miteigenthümer eines Hauses erwirbt alleiniges Eigenthum an dem Gebäude, wenn er, nachdem der andere auf vorgängige Aufforderung gezögert hat, dasselbe allein reparirt, und der Miteigenthümer seinen Theil der Reparaturkosten und die Zinsen dafür nicht in vier Monaten entrichtet *b*). 3) Ueber den Erwerb des Eigenthums durch eine zweite Ehe siehe unten §. 364. 4) Wenn Jemand Landstücke eines Andern, die dieser zwar nicht derelinquirt, deren Bebauung er aber unterlassen hat (ager desertus), durch zwei Jahre cultivirt, so erwirbt er das Eigenthum derselben. *c*).

Anhang.

Von dem sg. titulus und modus acquirendi.

§. 174.

Sowohl für den Eigenthumserwerb als für die Erwerbung anderer dinglicher Rechte hat man sich vielfach bemüht, ein

---

a) §. 35. Inst. h. t. (2. 1.). l. 4. §. 5. 19. D. de usurpat. et usucap. (41. 3.). Theophilus II, 2. pr.

b) L. 52. §. 10. D. pro socio (17. 2.). l. 4. cod. de aedif. priv. (8. 10.).

c) L. 8. cod. de omni agro deserto (11. 58.).

allgemeines charakteristisches Merkmal aufzufinden. Dieß führte zu der früher sehr verbreiteten Lehre von der Nothwendigkeit eines titulus und modus acquirendi bei allen dinglichen Rechten. Soll titulus so viel heißen als Möglichkeit, modus so viel als Wirklichkeit (was aber bei den Römern nicht vorkommt), so ist diese Lehre richtig; sie geht dann aber nicht bloß auf die dinglichen, sondern auf den Erwerb aller übrigen Rechte. Soll damit hingegen die Nothwendigkeit zweier in sich und der Zeit nach geschiedenen Thatsachen, eines Erwerbgrundes und eines zu jenem hinzukommenden Factums behauptet werden, so ist dieß allerdings für die Ersitzung und allenfalls die Tradition richtig, alle andern Erwerbarten können aber nur durch Fiction unter das allgemeine Princip gebracht werden. Darum ist diese Lehre jetzt, wenigstens für den Eigenthumserwerb, nicht mehr herrschend. Für die übrigen dinglichen Rechte ist sie noch vielfach, wenigstens in ihren Folgesätzen, vertheidigt. —

III. Verlust des Eigenthums.

§. 175.

Das Eigenthum wird verloren 1) durch Vernichtung der Sache. Juristisch ist diese auch dann vorhanden, wenn die Sache ihre Erkennbarkeit verliert *a*), und wenn sie vom Verkehr ausgeschlossen wird *b*). Durch Verlassen derselben von Seiten des Eigenthümers, in der Absicht, das Eigenthum aufzugeben (Dereliction) *c*). 3) Durch die Rückkehr wilder, bisher gefangen gehaltener Thiere in ihre natürliche Freiheit *d*). 4) Durch den Eigenthumserwerb von Seiten eines Andern; darum sind alle Erwerbarten zugleich auch Arten das Eigenthum zu verlieren. 5) Durch Erbeutung der Sache von Seite des Fein=

a) L. 78. D. de solutionib. (46. 3.).

b) Z. B. §. 9. Inst. h. t. (2. 1.). l. 23. D. quib. mod. usufr. amitt. (7. 4.). l. 1. §. 7. D. de flumin. (43. 12.).

c) §. 47. Inst. h. t. (2. 1.).

d) §. 12. 15. Inst. eod.

des, wobei jedoch wieder postliminium eintritt *e*). 6) Durch den Tod des Eigenthümers, wenn das Eigenthum auf diese bestimmte Person eingeschränkt ist.

IV. Rechtsmittel.

Einleitung.

§. 176.

Da das Eigenthum seinem Begriffe nach von Jedem verletzt werden kann, so muß es auch gegen Jeden geltend gemacht werden können. Die Verletzung des Eigenthums ist aber entweder eine totale (Besitzergreifung der Sache) oder eine partielle (Behauptung eines, das Eigenthum beschränkenden Rechts). Gegen beide Fälle ist der Eigenthümer durch eine besondere Klage geschützt. Dabei ist im römischen Recht auch auf den Schutz eines sich in gutem Glauben für den Eigenthümer haltenden Besitzers gegen unbegründete Verletzung gesorgt. Es ist daher hier zu handeln von der eigentlichen Eigenthumsklage, der rei vindicatio und der negatoria actio, und von der Klage zum Schutze der b. f. possessio, (der publiciana in rem actio).

A. Rei vindicatio.

Dig. VI, 1. *Cod.* III, 32. De rei vindicatione.

§. 177.

Die Bedingungen der rei vindicatio (auch in rem actio schlechtweg, vindicatio, vindicatio rei) sind wie bei jeder Klage die Existenz des Rechts, also hier des Eigenthums und eine Verletzung des Rechts, und zwar hier totale Verletzung durch Besitz. Hienach kann 1) nur der wahre Eigenthümer Kläger seyn, welcher den von seiner Seite wirklich stattgefundenen Erwerb des Eigenthums zu erweisen hat. 2) Beklagter kann nur derjenige seyn, welcher, wie der Kläger zu beweisen hat, wirklich besitzt, und durch den Besitz verletzt, oder welchen man, obgleich er nicht besitzt,

---

e) *Cod.* VIII, 51. De postliminio reversis et redemptis ab hostibus.

rechtlich doch als Besitzer betrachtet (sg. fictus possessor §. 140), was namentlich auch bei Jenem der Fall ist, der die sg. nominatio domini, d. h. die Nennung Desjenigen unterläßt, in dessen Namen er besitzt. Läugnet aber der wirkliche Besitzer seinen Besitz, so muß er den Besitz an den Kläger abtreten. Giebt der Besitzer den einmal rechtsgültig geschehenen Erwerb des Eigenthums auf Seiten des Klägers zu, so muß er nun seiner Seits einen spätern rechtsgültigen Erwerb beweisen. 3) Gegenstand der Klage ist entweder eine einzelne körperliche Sache oder eine sg. universitas rerum (§. 106), nicht aber eine sg. universitas juris (§. 110). 4) Der Zweck der Klage ist Anerkennung des Eigenthums und, als Folge dieser, Herausgabe der Sache mit allen Accessionen. Dabei haftet der Beklagte für Alles, was er arglistig hatte zu Grunde gehen lassen, der malae fidei possessor, welchem auch der Besitzer im guten Glauben, nachdem ihm die Klage mitgetheilt ist, gleichsteht, für alle Versehen, und selbst für den Zufall, soweit jeder säumige Schuldner dafür haften muß (§. 215). Hinsichtlich der Früchte muß der m. f. possessor, dem auch hier der b. f. possessor nach der Einleitung des Processes wieder gleichsteht, alle ohne Unterschied, ob sie natürliche oder civile sind, die er gezogen hat und hätte ziehen können *a*), der b. f. possessor aber nur die zu jener Zeit noch vorhandenen, soweit er nicht Eigenthümer derselben geworden ist (§. 173), herausgeben und respective erstatten. Dagegen kann der Beklagte, zwar in der Regel nicht den Preis, aber doch Erstattung der auf die Sache selber und auf die Früchte (soweit er diese restituirt) verwandten Kosten fordern, wovon jedoch der durch Genuß der Früchte gezogene Gewinn abzurechnen ist. Erstattung der necessariae impensae insbesondere kann nur der Dieb nicht fordern. Für die utiles impensae, wenn sie sich nicht zu hoch belaufen, kann

---

a) Doch braucht der b. f. possessor nur diejenigen Früchte zu erstatten, die er nach seinen Kräften hätte ziehen können; der m. f. possessor ist aber für alle Früchte verantwortlich, die der Kläger hätte ziehen können.

der b. f. possessor, nicht aber der m. f. possessor Ersatz fordern, letzterer darf sie jedoch, wenn dieß der Hauptsache unschädlich ist, abnehmen. Die voluptuosae impensae können immer unter derselben Bedingung abgenommen werden. Indessen muß jeder Besitzer die Verwendungen bei der Hauptsache lassen, wenn der Kläger sie vergüten will. Wegen dieser Gegenforderungen hat übrigens der Beklagte nur eine Einrede.

B. Negatoria actio.

Dig. VIII, 5. Si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur.

§. 178.

Ist die Verletzung des Eigenthums eine bloß partielle, so schützt man die Freiheit des Eigenthums mit der negatoria s. negativa actio. Kläger ist der Eigenthümer, welcher sein Eigenthum zu beweisen hat. Beklagter ist Derjenige, welcher theilweise Eingriffe in das Eigenthum macht, oder ein das Eigenthum beschränkendes Recht und insbesondere eine Servitut behauptet; dieser hat immer das Daseyn eines solchen Rechts zu erweisen, selbst wenn er besitzt *a*). Gegenstand der Klage ist die Freiheit des Eigenthums. Zweck der Klage ist Anerkennung dieser Freiheit, Bestellung einer Caution wegen künftiger Störungen, so wie Schadenersatz.

C. Publiciana in rem actio.

Dig. VI, 2. De publiciana in rem actione. §. 4. Inst. de act. (4. 6.).

§. 179.

Sowohl die rei vindicatio als die negatoria actio fordern auf Seiten des Klägers wirkliches Eigenthum. Daher kann keine dieser Klagen von Demjenigen angestellt werden, der, wenn er auch den Besitz einer Sache bona fide und justo titulo erworben hat, durch diesen Erwerb allein noch nicht Eigenthümer geworden ist; erst nach vollendeter Ersitzung kann er als Eigenthümer klagen. Indessen gab das prätorische Edict der Billigkeit

a) L. 5. pr. D. si usufr. (7. 6.).

halber demselben eine in rem actio, die von dem Prätor, welcher zuerst diese Klage gestattet hat, Publiciana in rem actio heißt, und auf der Fiction beruht, der Ersitzende habe die Usucapion schon vollendet. Die Requisite für diese Klage sind daher im Allgemeinen die nämlichen, wie für die ordentliche Ersitzung. **Kläger** ist Derjenige, welcher eine usucapionsfähige Sache bona fide, justo titulo *a*) und animo domini erworben hat, und welcher entweder den Besitz der Sache, weil seine Ergreifung zum Erwerb des Eigenthums nicht nothwendig ist, nicht erhalten, oder doch wieder verloren, oder sich über partielle Eingriffe zu beschweren hat. Er hat, weil die bona fides bis zum Beweise des Gegentheils vermuthet wird, nur einen justo titulo geschehenen Erwerb zu erweisen; deßhalb bedient sich in solchen Fällen, wo der Eigenthumsbeweis schwer oder unmöglich ist, auch der Eigenthümer selber dieser Klage, und kann sie auch mit der rei vindicatio oder negatoria actio alternativ cumuliren. **Beklagter** ist Derjenige, welcher dem b. f. possessor entweder die Sache selber vorenthält, oder partielle Eingriffe macht. Beruht der Besitz des Beklagten auf dem Eigenthum, oder auf einer gleich guten Erwerbart wie die des Klägers, so kann der Kläger seine Ansprüche nicht durchsetzen, weil die Fiction der Wahrheit weicht, und unter gleichen Verhältnissen der Besitzer vorgeht; wiewohl, wenn Beide von demselben Nichteigenthümer erworben haben, Jenem der Vorzug zukömmt, welcher zuerst vollständig erworben hat. Der **Gegenstand** der Klage ist der nämliche, wie bei der rei vindicatio und negatoria actio; **Zweck** der Klage ist die Aufhebung der totalen oder partiellen Störung, wobei die nämlichen Neben- und Gegenforderungen vorkommen, wie bei der rei vindicatio und negatoria actio.

---

a) Gründet sich indessen die Klage auf einen Kauf, so hängt ihre Rechtsbeständigkeit nicht von der Zahlung oder Creditirung des Kaufpreises ab. l. 8. D. h. t.

Zweiter Abschnitt.

Von den dinglichen Rechten an einer fremden Sache.

Einleitung.

§. 180.

Die Beschränkungen des Eigenthums, welche durch Privatwillkühr des Eigenthümers entstehen können, bilden eine eigne sehr wichtige Classe von Rechten auf eine Sache. Indessen liegt es in dem Charakter eines Ackerbau treibenden und darum das Grundeigenthum hochehrenden Volkes, wie die Römer waren, das Eigenthum vor Zersplitterung zu bewahren und darum für die Privatwillkühr hinsichtlich der Beschränkungen des Eigenthums durch Ablösung einzelner dinglicher Rechte aus demselben Schranken zu setzen. Das römische Recht erkennt nur vier Arten der dinglichen Rechte an fremden Sachen an, welche aber an sich nicht verschieden sind, sondern ihre besondern Namen nur dadurch erhalten haben, daß die Ablösbarkeit solcher Rechte sich mit der Zeit erweiterte. Die erste und älteste Art ist die Servitut, die zweite und dritte Art — die Emphyteusis und Superficies — unterscheiden sich von der Servitut nur durch ihre weit spätere Entstehung und die in ihnen enthaltene viel umfassendere Beschränkung des Eigenthums; das zuletzt zu erörternde Recht dieser Art ist das Pfandrecht, welches das alte Civilrecht ebenfalls nicht kannte, und das seine Entstehung dem prätorischen Edict, seine weitere Ausbildung aber lediglich den Juristen verdankt. Das Gemeinsame aller dieser Rechte liegt in ihrem dinglichen Charakter, den sie durch das Eigenthum erhalten, insofern sie ursprünglich nur einzelne Aeusserungen desselben sind, welche aber aus dem ganzen Eigenthum abgelöst und in einer dritten Person als selbstständige, absolute Rechte auf die Sache bestellt sind. Eben deßhalb können sie auch materiell nicht mehr umfassen als das Eigenthum selber, und bestehen daher nur, insofern sie den positiven Bestandtheil des Eigenthums beschränken, in non faciendo (negative Rechte), insofern sie den nega-

tiven Bestandtheil beschränken, in patiendo auf Seiten des Eigenthümers (affirmative Rechte), und niemals in faciendo *a*). Eben deßhalb müssen sie materiell einmal im Eigenthum enthalten gewesen seyn, und der Berechtigte kann, da sie immer Rechte an einer fremden Sache sind (jura in re alienâ), nicht der Eigenthümer selber seyn; sie müssen vielmehr als selbstständig zu existiren aufhören, sobald sie mit dem Eigenthum in einer und derselben Person zusammentreffen. —

Erstes Capitel.

Von den Servituten.

Caj. II, 28—32. *Inst.* II, 3—5. *Dig.* VII. und VIII. *Cod.* III, 33. 34.

I. Begriff und Eintheilung.

§. 181.

Servitut heißt ursprünglich der Zustand einer (körperlichen) Sache, durch welchen sie in irgend einer Beziehung der Willkühr des Eigenthümers so weit entzogen ist, als sie der Willkühr eines Dritten unterliegt. Daher sagen die Römer praedium servit, fundus servus. Sodann aber heißt Servitut auch das Recht an der fremden Sache selber, jus in (ea) re; oder jus schlechtweg. Insbesondere bezeichnet man im neuesten römischen Rechte mit Servitut alle jene jura in re, welche im alten jus civile anerkannt sind. In dem Begriffe der Servitut liegt der Grundsatz: Nulli res sua servit, so wie der: Servitus Servitutis esse non potest. Die Römer betrachten das Daseyn einer Servitut immer als Ausnahme von der Regel, weßhalb dasselbe im Zweifel nicht vermuthet, und wo in der Bestellung eine Zweideutigkeit der Rede liegt, die engere Wortbedeutung vorgezogen wird. Eben deßhalb muß sie dem Berechtigten einen Vortheil gewähren, und ihre Ausübung ist an die vorgeschriebene Weise genau gebunden und überhaupt so vorzunehmen, wie sie dem Eigenthum am wenigsten lästig ist. — Die Servituten sind entweder der Art, daß sie zum Vortheil eines benachbarten Grundstücks dem jeweiligen Besitzer

a) L. 15. §. 1. D. de servit. (8. 1.).

desselben zustehen (servitus praedii, jus praedii, servitus schlechtweg, sg. serv. realis oder praedialis, dingliche oder Prädial- oder Realservitut), wobei die dienende Sache immer ein Grundstück seyn muß; oder sie sind zum Vortheil einer bestimmten Person als höchst persönliche Rechte bestellt, welche mit dem Tode der berechtigten Person aufhören (personalis servitus, personae servitus), wobei die dienende Sache auch eine bewegliche seyn kann. —

II. Von den Prädial-Servituten.

Inst. II, 3. De servitt. praed. *Dig.* VIII, 1. De servitt. 2. De S. P. U. 3. De S. P. R. 4. Comm. praed. *Cod.* III, 34. De servitt.

A. Begriff und Arten.

§. 182.

Nach dem vorigen §. ist eine Prädialservitut eine solche, welche einem bestimmten Grundstücke zu seinem Vortheil an einem andern zukommt. Die Subjecte sind also die jeweiligen Besitzer der Grundstücke. Das belastete oder dienende Grundstück heißt serviens praedium, oder praedium, quod servitutem debet: jenes, zu dessen Vortheil die Servitut bestellt ist, das herrschende (sg. praed. dominans), heißt praedium, cui debetur servitus, pr., cui alterum servit. Diese Servituten sind entweder jura praediorum rusticorum (servitutes rusticae), oder jura praediorum urbanorum (servitutes urbanae), je nachdem das herrschende Grundstück ein praedium rusticum, d. h. ein Grundstück, welches kein Gebäude, oder ein praedium urbanum ist, d. h. eine jede Art von Gebäude.

B. Allgemeine Regeln.

§. 183.

Für alle Prädialservituten gelten folgende Regeln: 1) die beiden Grundstücke müssen sich in einer dem Charakter der einzelnen Servitut entsprechenden Nähe befinden. 2) Die Servitut muß dem herrschenden Gute selber Nutzen oder Annehmlichkeit bringen. 3) Die Servitut fordert eine perpetua causa, d. h. der Vortheil des herrschenden Grundstücks muß nicht vom Zufall

oder von der Thätigkeit eines Besitzers des dienenden abhängen, und nicht vorübergehend seyn. 4) Die Servitut ist an sich juristisch untheilbar, d. h. sie kann nicht theilweise erworben noch verloren werden; aber eine Theilung des herrschenden Grundstücks hat auch eine Theilung der Servitut zur Folge, wenn bei dem einzelnen Theile des Grundstücks die allgemeinen Erfordernisse vorhanden sind. Denn die Servitut ist 5) in allen Stücken eine Zubehör des herrschenden Gutes, und zwar des Ganzen und aller Theile; daher kann sie nicht als selbstständige Sache behandelt, sondern nur immer mit dem Grundstücke veräussert werden. 6) Eben so ruht die Last auf dem ganzen dienenden Grundstücke, ausser wo der Charakter einer Servitut bloß einen Theil als dienend fordert, wobei dann in der Regel die Wahl dem Herrn des herrschenden Grundstücks jedoch so zusteht, daß er sie nicht mehr willkührlich ändern kann, und überhaupt schonend verfahren muß. 7) Der Berechtigte ist zu allem befugt, was die Ausübung seines Rechts bedingt, also auch zur Forderung, daß der Herr des dienenden Gutes sich der Concurrenz enthalte, wenn diese ihm sein Recht schmälern sollte; nur kann er ein Thun des Herrn der dienenden Sache nicht fordern (§. 180). Uebrigens können 8) die zu den rusticis gezählten als Servitutes urbanae und umgekehrt bestellt werden, sobald es factisch möglich ist.

C. Einzelne Jura praediorum.

Pr. §. 1. Inst. h. t. (2. 3.). *Dig.* VIII, 3. De S. P. R. VIII, 2. De S. P. U.

§. 184.

Von den servitutes rusticae sind am wichtigsten: 1) die **Weggerechtigkeiten**, die serv. itineris, actus und viae, wovon die dritte die zweite, und diese die erste enthält. 2) Die Waidegerechtigkeit (s. pascendi) für das zum herrschenden Gute gehörende Vieh. 3) Die Wasserleitungsgerechtigkeit (s. aquaeductus) über und unter der Erde. 4) Die S. aquae haustus, d. h. das Recht auf dem dienenden Grundstücke das für das herrschende erforderliche Wasser zu schöpfen. 5) Die Serv. pecoris ad aquam adpulsus, d. h. das Recht das Vieh auf das dienende Grundstück

zur Tränke zu führen, worin die S. actus enthalten ist. — Ausser diesen giebt es eine Menge andrer Servituten, deren Inhalt sich aus dem Namen ergiebt — die S. cretae eximendae, calcis coquendae, lapidis eximendi, caedendi, arenae fodiendae, u. s. f. — Der Inhalt der meisten servitutes urbanae ergiebt sich wieder aus ihrem Namen, z. B. die S. tigni immittendi, die Servitus oneris ferendi, die S. projiciendi und protegendi, die S. stillicidii vel fluminis recipiendi vel avertendi, die S. fumi, die S. cloacae, die S. latrinae u. s. f. Aber einige hängen mit eigenthümlichen Grundsätzen der Römer, mit ihrer Sitte in den Gebäuden und mit eigenthümlichen Sprachwendungen zusammen und sind daher der Gegenstand manchen Streites; dahin gehört die S. fenestrarum, die S. luminum und ne luminibus officiatur, die S. prospectus und ne prospectui officiatur, die S. non prospiciendi, welche alle Arten der Fenstergerechtigkeit sind; ferner die S. altius tollendi und altius non tollendi. —

III. Personalservituten.

A. Begriff und allgemeine Grundsätze.

§. 185.

Personalservitut ist nach §. 181 eine zum Vortheil einer bestimmten Person als höchstpersönliches Recht an einer Sache constituirte Servitut. Daraus folgt, daß sie im Zweifel mit der berechtigten Person erlischt, wenn sie ihr nicht auch für ihre Erben eingeräumt ist, in welchem Falle jedoch das Recht des Erben eigentlich als eine neue Servitut betrachtet werden muß, und ferner, daß eine Uebertragung des Rechts selber an einen Dritten unmöglich ist, womit jedoch in der Regel die Ueberlassung des aus dem Rechte zu ziehenden Vortheils nicht ausgeschlossen ist. Werden Rechte an einer fremden Sache, welche gewöhnlich als Prädialservituten bestellt werden, nur zum Vortheil einer bestimmten Person errichtet, so haben sie ganz den Charakter einer Personalservitut, und bestehen wie alle Personalservituten bloß in patiendo.

B. Vom usus fructus.

Inst. II, 4. De usufructu. *Dig.* VII, 1. De usufructu, et quemadmodum quis utatur fruatur. 9. Usufructuarius quemadmodum caveat. *Cod.* III, 33. De usufructu etc.

1. Wirklicher usus fructus.

§. 186.

Die Nutznießung oder der Nießbrauch (ususfructus, usus et fructus, auch usus cum fructu) ist das Recht, eine fremde Sache unbeschadet ihrer Substanz zu gebrauchen und ihre Früchte zu genießen. Gegenstand dieser Servitut kann eigentlich nur eine Sache seyn, deren Gebrauch unbeschadet ihrer Substanz möglich ist, also eine nicht besonders verbrauchbare, wobei es aber gleichgültig ist, ob sie eine bewegliche oder unbewegliche, körperliche oder unkörperliche, ja ein ganzes Vermögen ist. Der Berechtigte, welcher usufructuarius oder auch fructuarius heißt, kann die Sache (res fructuaria) auf alle Art benützen und gebrauchen, so weit er dadurch nicht in das Recht des Eigenthümers (welcher proprietarius, so wie sein Recht proprietas, heißt) eingreift; er erwirbt ferner durch Perception das Eigenthum der Früchte und zwar sowohl der civilen als der natürlichen, und kann die Ausübung seines Rechts an einen Andern übertragen, sowohl umsonst als gegen Vergeltung, wiewohl das Recht selber mit seiner Person unzertrennlich verbunden ist, und darum bei seinem Tode erlischt. Dagegen ist der usufructuarius auch schuldig, die Sache zu erhalten wie ein guter Hausvater, also auch auf seine Kosten zu repariren, die darauf ruhenden Abgaben zu entrichten, wofür er, wenn er seine Pflicht versäumt, Schadenersatz geben muß. Doch steht es ihm frei, wenn ihm diese Pflichten zu schwer werden, sein Recht zu derelinquiren. Für diese Erfüllung seiner Obliegenheiten, so wie für die gehörige Rückgabe der res fructuaria an den Proprietar nach Erlöschung seines Rechts muß er auch gleich Anfangs Caution bestellen, auf deren Leistung der Proprietar klagen, und bevor sie bestellt ist, die Sache retiniren kann. Natürlich kann der letztere sie erlassen, und nur

der Erblasser, welcher im letzten Willen den ususfructus bestellt, kann den Berechtigten nicht davon befreien *a*).

2. Quasi ususfructus.

§. 2. Inst. h. t. (2. 4.). *Dig.* VII, 5. De usufructu earum rerum, quae usu consumuntur.

§. 187.

Ein wirklicher ususfructus ist nur an solchen Sachen möglich, deren Gebrauch nicht in einem Verbrauche besteht. Utilitatis causa lassen aber die Römer auch einen ususfructus an verbrauchbaren Sachen zu, d. h. an solchen Sachen, deren Gebrauch entweder physischen oder juristischen Untergang der Sache nach sich zieht. Dieß heißt quasi ususfructus, und ist im Grunde gar kein ususfructus, sondern vielmehr dem Darlehen oder dem Kaufe gegen einen Anschlag (aestimatio) nachgebildet. Denn der Berechtigte wird in der That Eigenthümer der Sache, hat volle Freiheit, über dieselbe zu verfügen, und kann deßhalb auch die Substanz angreifen. Nach Beendigung dieses quasi ususfructus muß er entweder eine gleiche Quantität der Sachen, oder Sachen in derselben Qualität, wie er sie erhalten hat, oder auch den Werth restituiren, und dafür ebenfalls Caution leisten.

C. Vom **usus** und der **habitatio**, so wie den **operae servorum**.

Inst. II, 5. De usu et habit. *Dig.* VII, 8. De usu et hab. 7. De operis serv. l. 5. §. 3. D. usufructuar. quemadm. cav. (7. 9.). *Cod.* III, 33. De usufr. et habit., et ministerio serv.

§. 188.

Da im ususfructus zweierlei Rechte enthalten sind, das Recht zu gebrauchen und die Früchte zu ziehen, so läßt sich usus für sich und fructus für sich denken. Die Römer kennen aber nur einen usus sine fructu und nicht fructus sine usu. Wo der Ausdruck fructus vorkommt, ist er immer gleich ususfructus. Indessen giebt es Sachen, an denen sich ein Gebrauch ohne Genuß der Früchte nicht wohl denken läßt, und Sachen, an denen

---

a) L. 7. cod. ut in possess. legat. (6. 54.) vergl. Hugo R. G. S. 276.

nur zum Theil ein usus sine fructu möglich ist. Hiebei kommt es nun an sich lediglich auf die erkennbare Absicht des Constituirenden an. Sonst aber ist im ersten Fall usus gerade so viel als usustructus, im zweiten Falle findet der usus so weit statt, als möglich ist, und dem Berechtigten kommt wie im ersten Falle für sein und der Seinigen Bedürfniß ein unentgeldlicher Antheil an den Früchten zu. Der usus ist indessen an sich untheilbar und so sehr auf die Person des Berechtigten beschränkt, daß dieser nicht bloß sein Recht nicht veräussern, sondern auch die Ausübung desselben nicht ganz und ausschließend an Andere übertragen kann. Der usus an schlagbarem Wald und der usus an verbrauchbaren Sachen steht dem usufructus ganz gleich. Uebrigens kommen beim usus verhältnißmäßig dieselben Obligationen vor, wie beim usufructus. — Neben dem usus kommt bei Wohnungen noch eine eigne Servitut als habitatio vor. Sie unterscheidet sich dadurch vom usus, daß der Berechtigte die Ausübung seines Rechts einem Andern, aber nicht unentgeldlich, ganz überlassen kann, und daß sie, wenn sie auch auf immer geschenkt ist, von den Erben des Schenkers widerrufen werden darf *a*). — Ist bloß die Benutzung der Dienste eines Sklaven oder Thieres als Servitut bestellt (operae), so ist diese Servitut untheilbar, und dauert für die ganze Lebzeit des Sklaven oder Thieres *b*).

IV. Entstehung der Servituten.

Vergl. *Dig.* XXXIII, 2. De usu et usufr., et reditu et hab., et operis per legatum vel fideicomm. dat. 3. De servitute legata.

§. 189.

Nach den in §. 183 und 185 enthaltenen Grundsätzen kann der Erwerb jeder Servitut an sich insofern immer nur ein originärer seyn, als die Veräusserung einer schon bestellten Servitut unmöglich ist, und der Erwerb daher immer in einer neuen Entstehung gefunden wird. Diese Entstehung enthält

---

a) L. 32. D. de donat. (39. 5.).

b) L. 1. §. 9. D. ad L. Falc. (35. 2). L. 2. D. de usu et usufr. per leg. (33. 2.). L. 5. §. 3. D. usufr. quemadm. cav. (7. 9.).

jederzeit eine Ablösung aus dem Eigenthum, und gründet sich entweder auf Privathandlungen oder auf eine gesetzliche Norm, in welchem letztern Fall die Servitut existirt, sobald die von den Gesetzen geforderten Verhältnisse existiren. Gründet sich die Entstehung der Servitut A) auf Privathandlungen, so liegen diese entweder 1) in einem Vertrage, durch welchen jede Servitut entsteht, ohne daß eine Tradition hinzukommen muß *a*). Oder 2) in einem letzten Willen, aus welchem mit dem Augenblicke des Todes des Erblassers die Servitut erworben ist, wenn dieser selber den Tag des Erwerbes nicht hinausgerückt hat. Oder 3) in der Ersitzung. Nicht bloß wird die Servitut als Zubehör des herrschenden Gutes mit diesem ersessen (denn accessio cedit principali) *b*), sondern die Ersitzung derselben ist auch an und für sich möglich. Die Erfordernisse dafür sind lediglich die unangefochtene Ausübung des Rechts während zehn oder zwanzig Jahren und ein Anfang derselben ohne vitium quasi possessionis, d. h. die Ausübung darf nicht mit Gewalt, oder heimlich oder bittweise angefangen haben (vi, clam, precario) *c*). Oder 4) in der Adjudication gerade wie beim Eigenthum, ohne daß Tradition nothwendig ist (§. 163. Nr. 3.) *d*). — Die Entstehung der Servitut gründet sich B) auf eine gesetzliche Norm, 1) wenn der Eigenthümer zweier Grundstücke, von denen er eines zum Vortheil des andern benutzte, das eine veräußert, indem nun die bisherige Benutzung des andern als Servitut existirt, wenn sie für das erste durchaus nothwendig ist *e*); 2) in familien- und erbrechtlichen Verhältnissen, indem der ususfructus zuweilen unmittelbar durch gesetzliche Vorschrift erworben wird (z. B. §. 337. 427).

---

a) *Caj.* II, 31. §. 4. Inst. de S. P. (2. 3.). §. 1. Inst. de usufr. (2. 4.)
b) Vgl. l. 10. §. 1. D. de usurp. et usuc. (41. 3.). vergl. §. 171.
c) L. 12. in f. cod. de praescr. l. t. (7. 33.) vergl. mit l. 10. pr. D. si serv. vind. (8. 5.). L. 1. 2. cod. de servit. (3. 34.).
d) L. 6. §. 1. D. de usufr. (7. 1.). L. 22. §. 3. D. fam. erc. (10. 2.).
e) L. 36. 37. D. de serv. P. U. (8. 2.).

V. Ende der Servituten.

Dig. VII, 4. Quib. modis ususfr. vel usus amittitur VIII, 6. Quemadmod. servitutes amittuntur.

§. 190.

Der Verlust der Servituten ist, wie ihr Erwerb immer als eine neue Erzeugung erscheint, immer ein Untergang des Rechts selber. Dieser gründet sich A) auf Privathandlungen und zwar 1) auf Renunciation des Berechtigten. 2) Auf die Verleihung selber, wenn eine Resolutivbedingung gesetzt, oder die Servitut ad diem bestellt ist, und jene zur Erfüllung kommt oder dieser eintritt. 3) Auf Ersitzung, durch welche der Eigenthümer die Freiheit seines Eigenthums erwerben kann, wozu ohne Unterschied non usus von Seiten des Berechtigten, bei den juribus praediorum urbanorum aber noch eine besondere usucapio libertatis, welche den Mangel eines vitium possessionis fordert, nothwendig ist. Die Zeit des non usus ist ohne Unterschied zwischen Mobilien und Immobilien zehn und zwanzig Jahre. Nur fordern sg. servitutes discontinuae, d. h. Servituten, welche nur von Zeit zu Zeit ausgeübt werden können, immer zwanzig Jahre für den non usus, und das Recht des Wegsteiges zu einem Grabmale, so wie die habitatio und operae servorum werden durch non usus niemals verloren. B) Unmittelbar auf gesetzliche, zum Theil durch die Natur der Sache unterstützte Normen gründet sich der Untergang der Servitut, 1) wenn eine confusio stattfindet, d. h., wenn der Berechtigte Eigenthum an der dienenden Sache erwirbt (was beim ususfructus consolidatio heißt); und umgekehrt, wenn der Eigenthümer der dienenden Sache die Servitut erwirbt (wo es beim ususfructus heißt: accrescit, redit ad proprietatem ususfructus). 2) Wenn Derjenige, der die Servitut verliehen hat, sein widerrufliches Recht ipso jure verliert. 3) Wenn das Object oder Subject untergeht, wobei jedoch durch Wiederherstellung der dienstbaren Sache oder des herrschenden Grundstücks die Servitut wieder auflebt. 4) In Familien- und erbrechtlichen Verhältnissen erlischt der ususfructus ebenfalls nach gesetz-

licher Vorschrift, wovon gelegentlich. 5) Ist der Usufructuar eine Gemeinheit, so erlischt der ususfructus nach hundert Jahren. Usus und ususfructus erlöschen auch durch maxima und media capitis diminutio des Berechtigten, nicht aber die habitatio.

VI. Klagen.

§. 2. Inst. de act. (4. 6.). *Dig.* VII, 6. Si ususfr. pet. vel ad alium pertinere neget. VIII, 5. Si serv. pet.

§. 191.

Was hier 1) den Berechtigten betrifft, so steht ihm die Servitutis vindicatio oder confessoria actio zu, welche zum Schutze gegen jede Störung angestellt werden kann, rühre diese vom Herrn der dienenden Sache oder von einem Dritten her, und bestehe sie in einer wirklichen Verhinderung der Servitut oder in dem bloßen Läugnen derselben. Der Zweck der Klage ist Anerkennung der Servitut, Schadensersatz, und wo es nothwendig ist, Bestellung einer Caution wegen allenfallsiger künftiger Störungen. Der Kläger hat seine Servitut zu beweisen *a*). 2) Dem Eigenthümer der Sache steht auf Geltendmachung der Freiheit des Eigenthums die negatoria actio zu (§. 178). 3) Für Beide ist die Publiciana in rem actio nothwendig, wenn nur der zur Usucapion erforderliche Besitz, nicht aber das Recht selber behauptet werden kann *b*).

Zweites Capitel.

Von der Emphyteusis und Superficies.

§. 3. Inst. de locatione et conductione (3. 24. [25.]). *Dig.* VI, 3. Si ager vectigalis, id est, emphyteuticarius, petatur. *Cod.* IV, 66. De jure emphyteutico. *Dig.* XLIII, 18. De superficiebus.

I. Begriff und Natur.

A. Der Emphyteusis.

§. 192.

Die Emphyteusis ist ein sehr umfassendes dingliches

---

a) Daher muß bei einer Prädialservitut vom Kläger auch das Eigenthum an dem herrschenden Gute erwiesen werden.

b) L. 11. §. 1. D. de Publ. in rem act. (6. 2.).

Recht an einem fremden Grundstück, welches in perpetuum in Bestand genommen ist, als ein Erbzinsgut (als eine Erbleihe, ein Erbbestand). Agri vectigales waren schon in den Zeiten der freien Republik überhaupt Grundstücke, von welchen Abgaben gegeben wurden, um die Mitte des zweiten Jahrhunderts insbesondere Grundstücke, welche von Corporationen, also besonders von Municipien, Priestercollegien, in perpetuum verpachtet wurden. Als der Prätor dem Pachter der langen Dauer und des großen Umfangs seines Rechts wegen eine in rem actio gegeben hatte, fing dieses Recht nach Analogie der Servituten an, als ein jus in re zu erscheinen. Auf ähnliche Weise verpachteten die Kaiser ihre fundos patrimoniales in perpetuum, und dabei wurden die nämlichen Grundsätze geltend gemacht, wie bei den eben erwähnten Grundstücken. Das Recht des Pächters hieß nun emphyteusis und die Grundstücke selber agri emphyteuticarii; die beiden an sich von einander unabhängigen Institure wurden allmählich ein einziges, welches auch für Grundstücke, die sich im Privateigenthum befanden, angewandt wurde. Justinian bestätigte die Gleichheit ausdrücklich, und die Emphyteusis ist nun ein Recht, welches dem Eigenthume sehr nahe kommt, da der Emphyteuta (emphyteuticarius) nicht bloß ein vollständiges Gebrauchs- und Genußrecht *a*) an dem Grundstücke hat, und einen juristischen Besitz, sondern auch ein freies Dispositionsrecht, unter Lebenden und auf den Todesfall *b*), wobei er sich nur aller Deterioration zu enthalten *c*) und im Fall einer Veräusserung unter Lebenden dem Eigenthümer die Anzeige zu machen hat, damit dieser binnen zwei Monaten von seinem Vorkaufsrechte Gebrauch

---

a) Die Früchte erwirbt der Emphyteuta schon im Augenblicke der Separation l. 25. §. 1. D. de usur. (22. 1.). Als Accession erwirbt er aber den Schatz nicht.

b) Namentlich kann er auch für die Dauer seines Rechts die Sache verpfänden und Servituten constituiren. L. 16. §. 2. D. de pign. act. (13. 7.). l. 1. pr. D. quib. mod. ususfr. amitt. (7. 4.).

c) Nov. 7. c. 3. §. 2.

machen kann. Wenn Letzteres nicht geschieht, so gebührt, und zwar bei jeder Veräußerung, dem Eigenthümer für die Ertheilung des nothwendigen, ausdrücklichen Consenses als Maximum eine Abgabe von Zwei vom Hundert (quinquagesima pars, sg. Laudemium). Auch zahlt der Emphyteuta gewöhnlich ein Pachtgeld, welches Canon heißt und unveränderlich *d*) ist. Die Emphyteusis findet übrigens nur an fruchttragenden Grundstücken statt, wobei dann aber die darauf befindlichen Gebäude mit eingeschlossen sind *e*).

B. Der Superficies.

§. 193.

Superficies oder Superficium heißt ursprünglich alles über den Boden eines Grundstücks Hervorragende, Baum, Pflanze und vorzüglich Gebäude. Hier aber versteht man unter Superficies das dingliche Recht an einem fremden Grundstücke, kraft dessen der Berechtigte (Superficiarius) beinahe alle Rechte des Eigenthums *a*) an dem auf dem Grundstück errichteten Gebäude hat (auch jus in superficie). Das Eigenthum bleibt bei dem Herrn des Grundstücks, aber der Superficiar hat das volle Gebrauchs-, Veräusserungs- und Dispositionsrecht unter Lebenden und auf den Todesfall *b*), und eine vom Prätor herrührende i rem actio, aber nur eine juris quasi possessio *c*). Gewöhn-

d) D. h., der Emphyteuta kann nicht wie der Pachter bei Unglücksfällen Remission fordern, weil ihn überhaupt aller partielle Schaden trifft.

e) Nov. 120. c. 1. §. 2. c. 6. Nov. 7. c. 3.

a) Aus diesem Grunde und aus dem gleichen bei der Emphyteusis hat man seit den Glossatoren das Recht des Superficiar und Emphyteuta als ein sg. dominium utile (subalternatum) angesehen und dem Eigenthümer ein sg. dominium directum zugeschrieben. Allein vergl. l. 71. §. 5. 6. D. de legat. I. (30.). l. 1—3. cod. h. t. (4. 66.). L. 2. cod. de mancipiis et colonis patrim. (11. 62.). L. 2. D. h. t. (43. 18.).

b) Auch der Superficiar kann für die Dauer seines Rechts die Sache verpfänden und mit Servituten beschweren.

c) Deßhalb steht ihm auch ein eignes Interdict zu. Vergl. §. 282.

lich, aber nicht nothwendig, entrichtet der Superficiar an den Eigenthümer eine jährliche und unveränderliche Abgabe (solarium) *d*).

II. Entstehung und Aufhebung der Emphyteusis und Superficies.

§. 194.

Beide Rechte können entstehen 1) durch einen, nicht nothwendig schriftlichen, Vertrag (vergl. §. 255), zu welchem aber für den Erwerb des Rechts selber eine Tradition nicht hinzukommen muß. 2) Nicht durch Ersitzung, indem hier die Analogie der Servituten nicht ausreicht, und besondere Vorschriften darüber nicht existiren. 3) Durch letztwillige Dispositionen. — Beide Rechte hören auf 1) durch Confusion; 2) durch Untergang des Objects; 3) durch Veräusserung an den Eigenthümer, wozu dieser einwilligen muß; 4) dadurch, daß der Emphyteuta stirbt, ohne Erben zu hinterlassen. — Zur Strafe verliert insbesondere der Emphyteuta sein Recht, d. h. er kann ausgetrieben werden (repelli), 1) wenn er beim Verkaufe seines Rechts dem Eigenthümer die Anzeige zu machen unterläßt; 2) wenn er drei Jahre lang zugleich den verabredeten Canon und die auf dem Gute haftenden öffentlichen Abgaben zu entrichten unterläßt *a*). Ist in diesem Falle die Kirche Eigenthümerin, so kann der Emphyteuta schon nach zwei Jahren vertrieben werden; 3) wenn er, insofern das Gut im Eigenthum der Kirche steht, sich wesentliche Deteriorationen zu Schulden kommen läßt, wobei er seine Meliorationen (emponemata) nicht einrechnen darf.

IV. Klagen.

§. 195.

Bei beiden Rechten steht 1) dem Berechtigten a) eine persönliche Klage aus dem Errichtungsact zu; b) eine in rem actio.

---

d) L. 73—75. D. de R. V. (6. 1.).

a) Doch kann bei Errichtung der Emphyteusis ausgemacht werden daß schon entweder das Eine oder das Andere hinreichend sey. L. 2.

2) Dem Eigenthümer steht gegen jeden Dritten, und nach aufgehobenem jus in re, auch gegen den Berechtigten die rei vindicatio zu. Aber auch während das jus in re noch dauert, hat der Eigenthümer aus dem Contract eine persönliche Klage gegen die Berechtigten auf Erfüllung ihrer vertragsmäßigen Verbindlichkeiten, bei der Emphyteusis insbesondere die sg. actio emphyteuticaria. Wenn der Emphyteuta zur Strafe sein Recht verliert, so geschieht dieß ipso jure, und der Eigenthümer kann daher sogleich die rei vindicatio anstellen, ohne einer besondern Privationsklage zu bedürfen. — Uebrigens findet hier sowohl für den Herrn des Gutes als für den Berechtigten die Publiciana in rem actio statt, wofür aber natürlich an den Berechtigten eine Tradition stattgefunden haben muß *a*).

Drittes Capitel.

Vom Pfandrechte.

§. 1. Inst. quib. alien. lic. vel non (2. 8.). *Dig.* XX. *Cod.* VIII, 14 — 35.

Einleitung.

Hugo R. G. S. 332. 559 ff. 926. 1121. Schweppe R. G. §. 279. 286 — 289.

§. 196.

Soll durch eine Sache Sicherheit für die Erfüllung einer Forderung geleistet werden, so kann dieß hauptsächlich auf dreierlei Weise geschehen. Entweder macht der Schuldner den Gläubiger zum Eigenthümer, oder er macht ihn zum bloßen Detentor der Sache, oder endlich er constituirt ihm ein jus in re an derselben, welche Verhältnisse dann mit Tilgung der Schuld von selbst aufhören. Im römischen Rechte kommen in verschiedenen Perioden alle drei Arten der Realcaution vor. Die erste aber verlor sich ihrer Schwerfälligkeit wegen schon

---

cod. h. t. (4. 66.). Nur wenn die Kirche Eigenthümerin ist, ist schon die unterlassene Zahlung des Canon hinreichend. *Nov.* 7. c. 3. §. 2. *Nov.* 120. c. 8.

a) L. 12. §. 2. 5, D. de Publ. in rem act. (6. 2.).

früh, die beiden letztern finden sich, und zwar miteinander zu einem einzigen Institute verbunden, noch im neuesten Rechte.

I. Begriff und Bedingungen des Pfandrechts.

Dig. XX, 1. De pignoribus et hypothecis etc. *Cod.* VIII, 14. De pignoribus et hypothecis. *Dig.* XX, 3. Quae res pignori, vel hypothecae datae obligari non possunt. *Cod.* VIII, 17. Quae res pignori obl. poss., vel non etc. 24. Si pignus pignori datum sit. *Dig.* XIII, 7. *Cod.* IV, 24. De pignoratitia actione.

§. 197.

Das Pfandrecht oder die Hypothek (pignus, jus pignoris, obligatio rei, hypotheca) ist das zur Sicherheit einer Forderung bestellte Recht an einer fremden Sache, vermöge dessen der Berechtigte nöthigen Falls durch die Veräusserung derselben sich befriedigen kann. Ursprünglich ist also dieses Recht eine Beschränkung des Eigenthums, vermöge der der Eigenthümer etwas leiden muß, was er an und für sich nicht zu leiden braucht (in patiendo). Das Pfandrecht setzt daher voraus 1) eine Forderung, als deren Accessorium es erscheint, ohne Rücksicht auf die Art der Entstehung oder auf ihre Klagbarkeit. Der Gläubiger ist der Berechtigte (hypothecarius creditor, pignoratitius creditor, oder creditor schlechtweg), wobei es nicht darauf ankommt, ob er Eigenthum haben kann oder nicht. 2) Eine fremde *a*), und zwar veräusserliche Sache (res oppignorata, obligata, supposita, obnoxia), wobei es gleichgültig ist, ob sie dem Schuldner selbst oder einem Dritten gehört, ob sie beweglich oder unbeweglich, schon existirend oder erst zukünftig, ja ob sie körperlich oder unkörperlich, und im letzten Falle, ob sie ein Recht auf eine Sache oder eine Forderung *b*); ob sie eine einzelne Sache (sg. pignus speciale) oder eine universitas, und hier wieder, ob sie eine sg. universitas rerum oder eine

a) Nur insofern es sich um das Verhältniß zu andern Pfandgläubigern handelt, kann auch ein Pfandrecht an der eignen Sache vorkommen. L. 30. §. 1. D. de exc. rei judic. (44. 2).

b) In diesem Fall ist das Pfandrecht kein dingliches Recht.

sg. universitas juris, also ein ganzes Vermögen ist, wobei wieder nicht bloß das gegenwärtige, sondern auch das zukünftige (quae quis habet, quaeve habiturus est) Vermögen (hypotheca omnium bonorum, generalis hypotheca) und zwar auch so Gegenstand des Pfandrechts seyn kann, daß daraus eine einzelne Sache besonders hervorgehoben wird. 3) Das Recht selber geht auf die Veräusserung der Sache, wenn die Forderung, mit der es verbunden ist, nicht gehörig, oder gar nicht erfüllt wird. Dabei ist es wieder hinsichtlich des Rechts gleichgültig, ob der Berechtigte besitzt (sg. Faustpfand, pignus im eigentlichen Sinn) oder nicht (hypotheca im eigentlichen Sinne) *c*).

II. Umfang des Pfandrechts.

§. 198.

In Ansehung der Sachen, worauf das Pfandrecht haftet, kann 1) eben so gut eine Sache nur zum Theil als ganz verpfändet seyn *a*). Immer erstreckt es sich aber nicht bloß auf die Hauptsache, sondern auch auf alle ihre Accessionen *b*). Eine Veränderung der verpfändeten Sache hebt das Pfandrecht nicht auf. 2) Ist ein ganzes Vermögen verpfändet, so erstreckt sich das Pfandrecht im Zweifel auch auf das zukünftige Vermögen. 3) Ist eine sg. universitas rerum verpfändet, so haften alle Sachen, welche sich in der Universitas befinden. — In Ansehung der Forderung, deren Accessorium das Pfandrecht ist, haftet die verpfändete Sache an sich nur für die Forderung, für die sie bestellt ist, aber für diese vollständig, und zwar für die ganze Forderung und jeden einzelnen Theil derselben, daher auch im Zweifel für die Accessionen der Forderung, namentlich für alle Arten von Zinsen und selbst für die nothwendigen und nützlichen Verwendungen, welche der besitzende Pfandgläubiger auf die verpfändete Sache gemacht hat.

---

c) Die Etymologie von pignus siehe in l. 238. §. 2. D. de V. S. (50. 16).

a) *Cod.* VIII, 21. Si communis res pignori data sit.

b) *Cod.* VIII, 25. De partu pignoris et omni causa.

III. Entstehung des Pfandrechts.

Dig. XX, 2. *Cod.* VIII, 15. In quib. caus. pignus, vel hypoth. tacite contrahitur. *Cod.* VIII, 16. Si aliena res pign. data sit. 17. Quae res pignori obligari poss., vel non, et qualit. pignus contrahatur. 22. De praetorio pignore. 23. Si in causa judicati pignus captum sit. 33. Si pignoris conventionem numeratio pecuniae secuta non fuerit.

§. 199.

Ein Pfandrecht kann entstehen A) durch Privatwillkühr (sg. hypotheca expressa, voluntaria, sg. pign. express., volunt.), wobei, im Fall die Sache sich im Miteigenthum Mehrerer befindet, Jeder einzeln seinen Theil ohne Zustimmung der Uebrigen verpfänden kann. Wird eine fremde Sache verpfändet, so ist die ausdrückliche oder stillschweigende Einwilligung des Herrn der fremden Sache nothwendig; ausserdem convalescirt das Pfandrecht, wenn der Verpfänder später dem Eigenthümer oder dieser dem Verpfänder succedirt, und zwar in der Art, daß es wenigstens gewiß im ersten Falle durch utilis actio geltend gemacht werden kann. Die Privatwillkühr liegt 1) in einem Vertrage, wobei dieser, wenn er anders an sich gültig ist, genügt (sg. pignus conventionale) *a*). Tradition der verpfändeten Sache bewirkt ein Faustpfand; 2) in einer letztwilligen Disposition (sg. pignus testamentarium). Ein Pfandrecht kann entstehen B) ohne Rücksicht auf Einwilligung beider Theile (sg. pignus necessarium). In diesem Falle kann es seyn 1) ein praetorium pignus (sg. pignus praetorium s. str.), welches entsteht, so oft eine missio in possessionem (§. 151) stattfindet, und zwar an der Sache, in deren Besitz Jemand eingewiesen wird; 2) ein pignus, quod in causa judicati capitur (sg. pignus judiciale), d. h. das aus der obrigkeitlichen Pfändung eines ungehorsamen Verurtheilten entstehende;

---

a) Die Einwilligung kann auch aus concludenten Handlungen geschlossen werden; dann nennt man das Pfandrecht jetzt pignus conventionale tacitum im Gegensatz des sg. pignus conv. expressum. Vergl. l. 2. cod. quae res pignori (8. 17.).

endlich 3) ein gesetzliches Pfandrecht (pignus, quod tacite contrahitur, sg. pignus tacitum s. legale), wenn die Gesetze mit gewissen Forderungen ohne Weiteres ein Pfandrecht verbinden. Solche Pfandrechte finden dann entweder am ganzen Vermögen des Schuldners statt, z. B. wegen der Forderungen der Pupillen an ihre Tutoren (sg. pignus legale generale), oder an einer einzelnen Sache des Schuldners, z. B. an dem Hause, zu dessen Wiederaufbauung Geld hergeliehen wird (sg. pignus legale speciale). — Das Pfandrecht beginnt in dem Moment, wo die durch dasselbe zu sichernde Forderung und dasjenige, wodurch das Pfandrecht begründet wird, zusammentreffen.

IV. Von der Uebertragung eines schon existirenden Pfandrechts.

Cod. VIII, 24. Si pignus pignori datum sit. l. 13. §. 2. D. de pign. (20. 1.). l. 11. §. 1. D. de pign. act. (13. 7.). l. 3. pr. l. 12. §. 5. D. qui pot. in pign. (20. 4.).

§. 200.

Das Pfandrecht, als das Accessorium einer Forderung, kann in der Regel nicht einzeln für sich veräussert werden. Davon macht jedoch die Möglichkeit einer weitern Verpfändung desselben (die sg. subpignoratio) eine Ausnahme. Ausserdem geht aber das Pfandrecht immer mit der Forderung über, und zwar 1) der Natur der Sache nach auf den Käufer der Forderung, 2) durch positive Vorschrift geht bei der Novation (§. 238) das mit der alten Obligation verbundene Pfandrecht in die neue über, wenn dieß besonders verabredet ist.

V. Wirkungen des Pfandrechts.

A. Rechte des Pfandgläubigers.

1) Ueberhaupt.

L. 3. cod. de pign. (8. 14.). l. 11. cod. de pign. act. (4. 24.). l. 9. cod. qui pot. in pign. (8. 18). l. 16. D. de usufr. et usuc. (41. 3.) *Cod.* VIII, 27. Etiam ob chirograph. pecuniam pignus teneri posse.

§. 201.

Die allgemeinen Rechte des Pfandgläubigers sind theils

wesentliche, d. h. aus dem Begriff des Pfandrechts als eines jus in re hervorgehende, theils ausserwesentliche. I. Zu den wesentlichen gehört A) das Recht auf den Besitz der Sache, welches er nicht nur gegen den Verpfänder, sondern auch gegen jeden Dritten geltend machen kann, wobei er sich aber aller unerlaubten Selbsthülfe zu enthalten hat. B) Das Recht die Sache zu veräussern, wobei der Pfandgläubiger als Repräsentant des Eigenthümers erscheint und wodurch er jedem andern (nicht Pfand-) Gläubiger vorgeht. II. Zu den ausserwesentlichen gehört A) der Besitz. In diesem Fall ist das Pfandrecht pignus im eigentlichen Sinne. Dieser Besitz, mit welchem auf den Gläubiger alle Vortheile und Lasten, die gewöhnlich mit dem Besitze verbunden sind, so wie die Verpflichtung zum Fleiße übertragen werden, ist dann keine bloße detentio, sondern eine possessio, welche freilich nicht zur Usucapion führen kann, aber doch mit Interdicten geschützt ist. B) Das Retentionsrecht, d. h. nicht bloß das Recht die verpfändete Sache bis zur vollen Befriedigung der Forderung, wofür sie haftet, sondern selbst bis zur Befriedigung anderer durch das Pfand nicht gesicherter Forderungen zurückzuhalten, und sich gegen die Abforderung mit der exceptio doli mali zu schützen.

2. Vom Veräusserungsrecht insbesondere.

Dig. XX, 5. De distractione pignorum et hypothecarum. *Cod.* VIII, 28. De distractione pignorum. 29. Debitorem venditionem pignoris impedire non posse. 30. Si vendito pignore agatur. 34. De jure dominii impetrando. 35. De pactis pignorum, et de lege commissoria in pignorib. rescindenda.

§. 202.

Was insbesondere das Veräusserungsrecht, d. h. hier ausschließlich das Verkaufsrecht des Pfandgläubigers betrifft, so liegt es so sehr in der Natur des Pfandrechts, daß die Nebenberedung, das Pfand solle nicht verkauft werden, ungültig ist. Der Pfandgläubiger kann aber nur davon Gebrauch machen, wenn die Schuld fällig ist, oder der Schuldner zu zahlen sich nicht erboten hat. Auf der andern Seite ist es aber auch uner-

laubt, im Voraus auszumachen, daß dem Gläubiger im Falle der Nichtzahlung das Pfand verfallen seyn solle (lex commissoria), wiewohl dieser es sich für einen billigen Preis zum Voraus bedingen kann. Nur in dem Falle kann der Gläubiger die Sache an Zahlungs Statt behalten, wenn aller Mühe ungeachtet kein ordentliches Gebot darauf geschehen ist, wobei er aber sich die Sache vom Regenten besonders muß zuschlagen lassen und zwar gegen einen auszumittelnden Preis, und wenn dieser die Summe der Forderung nicht erreicht, so bleibt für den Rest dem Gläubiger die Forderung, wogegen der Schuldner noch zwei Jahre das Einlösungsrecht behält. Uebrigens hat der Gläubiger unter mehreren verpfändeten Sachen in der Regel die Wahl, welche er verkaufen will. — Der Verkauf selber (distractio pignoris) hat hauptsächlich folgende Regeln: 1) Der Gläubiger muß dem Schuldner vorher anzeigen, daß er im Fall der Nichtzahlung verkaufen werde. 2) Der Gläubiger muß hierauf nach Justinians Verordnung noch zwei Jahre mit dem Verkaufe warten. 3) Er muß in bona fide handeln, d. h. er muß die üblichen Förmlichkeiten bei'm Verkaufe beobachten, und dabei möglichst auf den Vortheil des Schuldners sehen, namentlich darf er mit dem Käufer in der Regel *a*) nicht concurriren. 4) Er muß den Ueberschuß (die hyperocha) an den Schuldner herausgeben.

B. Rechte und Pflichten des Verpfänders.

L. 35. §. 1. D. de pign. act. (13. 7.). l. 36. D. de adq. vel am. possess. (41. 2.). l. 11. §. 1. l. 15. §. 2. D. de pignor. (20. 1). l. 8. D. in quib. caus. pign. tac. (20. 2.). l. 19. §. 6. l. 66. pr. D. de furtis (47. 2).

§. 203.

Der Verpfänder bleibt Eigenthümer und wenn er es bei der Verpfändung nicht war, sondern sich bloß im Usucapionsbesitze befand, so wird die Usucapion nicht unterbrochen, auch wenn

---

a) Eine Ausnahme macht die (für das sg. pignus judiciale immer vorgeschriebene) gerichtliche Versteigerung. L. 2. 3. cod. si in caus. judic. (8. 23.).

der Pfandgläubiger besitzt. Auch hat er das Recht, die verpfändete Sache zu gebrauchen und Früchte daraus zu ziehen, wenn er dieß nicht dem Pfandgläubiger durch besondern Vertrag (antichresis) übertragen hat, wo dann die Früchte auf die Zinsen gerechnet werden, was nur ausnahmsweise ohne besondere Verabredung eintritt (sg. antichresis tacita). Auch kann der Verpfänder die Sache verkaufen, wodurch aber das Pfandrecht nicht erlischt, und weiter verpfänden, jedoch Beides ohne Widerrechtlichkeit nur, wenn er es dem Gläubiger anzeigt. Unterläßt er bei einem beweglichen Faustpfande, oder bei einer speciellen Hypothek diese Anzeige, so haftet er in der Regel wie ein fur.

C. Verhältniß des Pfandgläubigers zu andern Gläubigern desselben Schuldners.

Dig. XX, 4. Qui potiores in pignore, vel hypotheca habeantur, et de his qui in priorum creditorum locum succedunt. *Cod.* VIII, 18. Qui potiores in pignore habeantur. 19. De his qui in priorum creditorum locum succedunt. 20. Si antiquior creditor pignus vendiderit.

§. 204.

Steht der Pfandgläubiger I. einem Nichtpfandgläubiger desselben Schuldners (chirographarius creditor) gegenüber, so geht er dem Letztern immer vor, auch wenn dieser seiner Forderung halber privilegirt seyn sollte. Dieser kann sich daher an die Sache des Schuldners nur dann halten, wenn der Pfandgläubiger befriedigt ist. II. Steht der Pfandgläubiger einem andern Pfandgläubiger gegenüber, so hat sich jeder an die ihm verpfändete Sache zu halten, wenn Jedem eine andere Sache verpfändet ist. Haftet aber das Pfandrecht mehrerer Gläubiger an derselben Sache, so gelten folgende Regeln: A) Sind die Pfandrechte zu verschiedener Zeit entstanden, so geht das ältere vor. B) Sind sie zu derselben Zeit entstanden, oder läßt sich die Zeit ihrer Entstehung nicht ausmitteln, so concurriren sie, und zwar 1) wenn sie im nämlichen Rechtsverhältnisse begründet sind, pro parte, d. h. jeder Pfandgläubiger hat so

weit Ansprüche an das Pfand, als seine Forderung reicht; 2) wenn sie in verschiedenen Rechtsverhältnissen begründet sind, in solidum, d. h. einem jeden Pfandgläubiger ist die ganze Sache verpfändet, jeder kann sie dem dritten Besitzer ganz abfordern, aber der besitzende Pfandgläubiger geht den übrigen vor. — Von diesen Regeln giebt es zwei sehr wichtige Ausnahmen. 1) Bei allen Pfandrechten soll, ohne Rücksicht auf Priorität der Bestellung, dasjenige vorgehen, dessen Existenz aus einer vor Gericht ausgestellten (sg. pignus publicum) oder doch aus einer von drei tüchtigen männlichen Zeugen unterschriebenen Urkunde erweislich ist (sg. pignus quasi publicum). 2) In manchen Fällen steht einem Pfandgläubiger ohne Rücksicht auf Priorität der Entstehung seines Pfandrechts ein Vorrecht vor Andern zu, denen er der allgemeinen Regel gleich- oder nachstehen würde. Solche, entweder der Person oder der Sache wegen begünstigte Pfandrechte nennt man jetzt privilegirte oder qualificirte im Gegensatze der nicht privilegirten oder simpeln. Unter jenen privilegirten findet dann aber auch wieder eine Rangordnung statt, nach welcher sie geltend gemacht werden können, und darum theilt man sie in absolut privilegirte und simpliciter privilegirte ab. — Was endlich das Verhältniß der nachstehenden Pfandgläubiger betrifft, so hat der den übrigen Pfandgläubigern aus irgend einem Grunde Vorgehende (is, qui potior, prior, antiquior, anterior in pignore est) die Befugniß, sich ohne die Erlaubniß der Uebrigen erwirken zu müssen, zuerst aus dem Pfande zu befriedigen, wenn auch der Nachstehende (is, qui infirmior, posterior est) Nichts erhalten sollte. Dagegen darf Dieser ohne Einwilligung der Vorgehenden das Pfand nicht zum Verkaufe bringen, außer wenn Jenen kein Nachtheil daraus entsteht. — Uebrigens kann der Nachstehende in die Stelle des Vorgehenden einrücken und dadurch sich in eine vortheilhaftere Lage versetzen (sg. successio hypothecaria ordinaria und extraordinaria, insbesondere sg. jus offerendi).

VI. Ende des Pfandrechts.

Dig. XX, 6. Quibus modis pignus vel hypotheca solvitur. *Cod.* VIII, 26. De remissione pignoris. 31. De luitione pignoris.

§. 205.

Das Pfandrecht erlischt I. seiner Natur nach, und zwar A) ohne Unterschied, 1) durch Untergang des verpfändeten Objectes, 2) durch Erlöschung und zwar nur durch gänzliche Erlöschung der Forderung. Das bloße Aufhören der Klagbarkeit der Forderung hebt das Pfandrecht nicht auf. 3) Durch *confusio*, wobei nur im Verhältniß zu andern Pfandgläubigern Ausnahmen eintreten. 4) Durch Verkauf des Pfandes. Geschieht dieser a) vom Pfandgläubiger, so erlischt nicht nur sein Pfandrecht, wobei es gleichgültig ist, ob er hinsichtlich seiner Forderung durch den Kaufpreis ganz oder nur theilweise befriedigt wird, sondern auch das Pfandrecht aller ihm Nachstehenden, wiewohl die Forderungen an den Schuldner bleiben, bis sie getilgt sind. Geschieht der Verkauf aber durch den nachstehenden Pfandgläubiger, so leidet dadurch das Pfandrecht des vorstehenden nicht. Geschieht der Verkauf b) vom Schuldner, so schadet dieß in der Regel dem Pfandrechte des Gläubigers nicht. Das Pfandrecht erlischt B) seiner besondern Natur nach, wenn der Verpfänder nur ein an sich widerrufliches Recht auf die Sache hatte, und dieß nun aufhört, oder wenn es unter einer Resolutivbedingung bestellt war, und diese nun eintritt, oder wenn es nur bis auf einen gewissen Zeitpunkt bestellt war, und dieser gekommen ist. Das Pfandrecht erlischt II. durch eine besondere Erwerbung der Freiheit auf Seiten des Verpfänders. Diese liegt A) in einem Vertrage, worin der Gläubiger auf sein Pfandrecht Verzicht leistet. Eine Tradition ist auch hier nicht nothwendig. und das Daseyn des Vertrags kann auch aus concludenten Handlungen geschlossen werden. B) In letztwilliger Disposition. C) In einer Ersitzung. Wer nämlich eine verpfändete Sache unter den bei der Eigenthumsersitzung erforderlichen Be-

dingungen besitzt, erwirbt und zwar in den nämlichen Fristen die Freiheit derselben vom Pfandrechte. Es kommt daher hier ebenfalls ein sg. usucapio ordinaria und extraordinaria vor. Fehlen die Erfordernisse aller Ersitzung, so findet doch eine Klagenverjährung statt *a*).

VII. Klagen.

§. 206.

Die Hauptklage aus dem Pfandrecht ist die quasi Serviana *a*) s. hypothecaria, s. in rem *b*) pignoratitia actio, welche auch vindicatio pignoris heißt. Sie steht zu dem Pfandgläubiger, welcher seine fällige Forderung und sein Pfandrecht zu erweisen hat, gegen jeden Besitzer der verpfändeten Sache, oder jenen, der als solcher fingirt wird, nur nicht gegen den bessern Pfandgläubiger, auf Anerkennung seiner Ansprüche und in Folge dieser auf Herausgabe der Sache oder Entschädigung *c*). Von den Einreden, welche gegen diese Klage vom Beklagten geltend gemacht werden können, sind hier hervorzuheben die sg. exceptio excussionis, welche entweder dahin geht, daß der Gläubiger zuerst den Hauptschuldner ausklage, oder wenn eine Generalhypothek mit einer speciellen verbunden ist, daß sich der Gläubiger an die speciell verpfändete Sache halte *d*), und die Verjährung. Nachdem Justinian die alte longi temporis praescriptio in eine Ersitzung der Freiheit umgewandelt hat, bleibt hier nur die gewöhnliche Verjährung der Pfandklage, welche

---

a) L. 8. §. 1. cod. de praescr. XXX. vel XL. annor. (7. 39.).

a) Ein Prätor Servius gab dem Verpächter eines landwirthschaftlichen Grundstücks hinsichtlich der ihm zur Sicherheit des Pachtgeldes verpfändeten Gegenstände eine Klage, welche Serviana actio hieß und später auf jedes Pfandrecht als quasi Serviana ausgedehnt wurde. §. 7. Inst. de act. (4. 6.).

b) Pignoratitia actio schlechtweg ist eine in personam actio. Vergl. §. 249.

c) L. 16. §. 3. D. de pignor. (20. 1).

d) Nov. 4. c. 1. 2. mit Nov. 112. c. 1. — Vergl. l. 2. D. qui pot. in pign. (20. 4). l. 2. cod. de pign. (8. 14).

gegen den Nichtschuldner und Nichtpfandgläubiger den Ablauf von 30 Jahren, gegen den Schuldner aber und gegen den nachstehenden Pfandgläubiger (jedoch nur bei Lebzeiten des Schuldners) den Ablauf von vierzig Jahren erfordert, und das Eigne hat, daß sie schon durch Anstellung der persönlichen Klage aus der Forderung oder durch eine vom Schuldner geschehene Anerkennung der Schuld dem Schuldner gegenüber unterbrochen wird *e*). — Ist eine Forderung verpfändet, so kann die hypothecaria actio als eine in rem actio nicht angestellt werden, aber der Pfandgläubiger kann die seinem Verpfänder gegen dessen Schuldner zustehende Klage als utilis actio anstellen *f*). Ebenso fordert die Möglichkeit der hypothecaria actio auf Seite des Verpfänders wirkliches Eigenthum. Ist dieser nun nur b. f. possessor, steht ihm also bloß die Publiciana in rem actio zu, nicht die rei vindicatio, so kommt dem Pfandgläubiger zwar nicht eine Publiciana in rem actio, aber doch eine utilis hypothecaria actio zu *g*).

---

e) L. 8. pr. l. 7. §. 1. 2. 4. 6. 5. cod. de praesc. XXX. vel XL. ann. (7. 39). l. 3. cod. de annal. exc. (7. 40).

f) L. 7. cod. de hered. vel act. vend. (4. 39). l. 4. cod. quae res pign. (8. 17).

g) L. 18. l. 21. §. 1. D. de pign. (20. 1). — Ueber das Salvianum interdictum §. 283.

Zweites Buch.

Das Obligationenrecht.

Erster Abschnitt.

Allgemeine Grundsätze.

Erstes Capitel.

Natur der obligatio.

Einleitung.

Hugo civ. Mag. B. I. S. 86. B. III. S. 87. 389—425, und besonders B. V. 99—117.

§. 207.

Mit dem Worte obligatio im juristischen Sinne verbinden die Römer verschiedene Begriffe. In allen findet sich jedoch das Gemeinsame, daß sie ein Bild enthalten, welches aus dem natürlichen Zustande des Gebundenseyns, des Bindens genommen ist. Die eigentliche Bedeutung ist daher die nicht-juristische, die juristische ist eine uneigentliche, eine figürliche. In beiden fordert die Natur der Sache ein Gebundenes und ein Bindendes, und je nachdem in der juristischen obligatio das Gebundene eine Sache oder eine Person ist, ergiebt sich entweder eine obligatio rei oder eine personalis obligatio. Der Bindende ist immer eine Person. Daher deutet obligatio immer das Verhältniß einer Person an, aber entweder zu einer Sache oder zu einer andern Person. In beiden Fällen gebrauchen aber die Römer obligatio sowohl von der Begebenheit des Bindens und Gebundenwerdens, als von dem aus dieser Begebenheit entstehenden Verhältnisse, als auch von der Schrift, in welcher jene Begebenheit enthalten ist. Die obligatio rei als Pfandrecht ist schon erörtert. Hierher gehört nun die *personalis obligatio*, und in dieser Beziehung ist obligatio 1) die Begebenheit, durch welche sich zwei Personen in ein gewisses Verhältniß zu einander setzen, 2) dieses Verhältniß der beiden

Personen zu einander selber. Dieses Verhältniß besteht darin, daß ein Handeln oder Unterlassen der einen Person von der Willkühr der andern abhängt, daß also m. a. W. eine gewisse Aeusserung der Freiheit einer Person aus deren gesammter Freiheit abgelöst, und in die Willkühr einer andern Person gestellt ist. Es fordert daher eine Person, deren Freiheit in einer gewissen Beziehung beschränkt ist (debitor), und eine, deren Freiheit in der nämlichen Beziehung erweitert ist (creditor). Sowohl der Zustand des debitor oder Schuldners, als jener des creditor oder Gläubigers, als der Zustand beider zusammen heißt obligatio. Endlich ist 3) obligatio die Schrift, in welcher jene dieses Verhältniß der beiden Personen erzeugende Begebenheit enthalten ist. — Alle Ausdrücke, welche neben obligatio und obligare noch als damit gleichbedeutend vorkommen, enthalten dasselbe Bild, z. B. contrahere, contractus, nectere, nexus, contrahere nexum, contrahere obligationem, auch obligare obligationem, vincire, obstringere, obnoxius. Wie aber der Ausdruck obligatio für die Begebenheit u. s. w. bildlich ist, so wird dasselbe Bild auch bei der Auflösung gebraucht. So kommen vor die Ausdrücke solvere, solutio, distrahere, distractio, welche denn auch eben so für die Auflösung der obligatio rei gebraucht werden. Da das deutsche Wort Verbindlichkeit jetzt immer bloß den Zustand des Verpflichteten, und nicht einmal bloß den Zustand des in einer obligatio Verpflichteten bezeichnet, so darf es mit obligatio nicht gleichbedeutend gebraucht werden. Besser, aber wohl doch nicht ganz bezeichnend, ist der Ausdruck Forderung.

I. Wirksamkeit der obligatio.

A. Civilis und naturalis obligatio.

§. 208.

In der Regel ist die obligatio immer mit einem Klagrechte verbunden (civilis obligatio). Ausnahmsweise erzeugt die obligatio keine Klage (naturalis obligatio). Dieser Unterschied beruht auf der durch das jus civile geschehenen oder

nicht geschehenen Anerkennung der obligatio *a*). Soweit jedoch die Möglichkeit der Klage nicht in Frage steht, ist die naturalis obligatio, d. h. die bloß im jus gentium anerkannte eben so wirksam als die civilis. Darum erzeugt sie eine exceptio, und kann durch diese geschützt werden; darum gilt bei ihr die soluti retentio, d. h. der Gläubiger braucht das ihm der naturalis obligatio gemäß Gezahlte nicht als indebitum herauszugeben (§. 292); darum nützt sie als Grundlage einer compensatio (§. 243); darum sind für sie die nämlichen accessorischen Rechtsverhältnisse möglich, wie für die civilis obligatio, namentlich Pfandbestellung (§. 197) und Intercession (§. 263), und darum kann sie durch novatio in eine civilis obligatio umgewandelt werden (§. 238). Nur die actio geht ihr ab. Da nun diese mit der civilis obligatio verbunden ist, ausserdem aber auch alle Wirkungen der naturalis obligatio in der civilis enthalten sind, so enthält die civilis obligatio immer auch eine naturalis.

B. Ungültigkeit der civilis obligatio.

§. 209.

Eine naturalis obligatio kann nur entweder gültig oder ungültig seyn oder werden. Stufen der Ungültigkeit lassen sich bei ihr nicht denken *a*). Die civilis obligatio kann aber auf verschiedene Weise ungültig seyn oder werden; sie ist nämlich entweder so ungültig, daß sie als gar nicht vorhanden angesehen wird, und dieß entweder gleich vom Anfang an oder in der Folge (obligatio ipso jure nulla) *b*); oder sie ist zwar an sich gültig, sie kann jedoch von dem Schuldner als nicht vorhanden behandelt werden, und zwar wieder gleich vom Anfang an oder erst in der Folge (obl. per except. nulla) *c*). Im letztern Falle macht es aber wieder einen bedeutenden Unterschied, ob die Exception des Schuldners auch die in der civilis obligatio jedes-

---

a) L. 84. §. 1. D. de R. J. (50. 17).

a) L. 95. §. 4. D. de solut. (46. 3).

b) L. 5. cod. de leg. (1. 14). *Cajus* III, 168. —

c) §. 1. 2. Inst. de except. (4. 13.).

mal enthaltene naturalis obligatio vernichtet oder nicht. Jenes ist in der Regel der Fall (inanis obligatio) *d*); ausnahmsweise aber bleibt die naturalis obligatio bestehen. Hieraus ergiebt sich für die Wirksamkeit der obligatio diese Stufenfolge: 1) civilis obligatio, 2) civilis obligatio per except. nulla, wobei die naturalis obligatio übrig bleibt, 3) inanis obligatio, 4) obligatio ipso jure nulla, 5) naturalis obligatio.

II. Gegenstand der obligatio.

§. 210.

Der Gegenstand der obligatio ist entweder ein einseitiges Handeln oder ein zweiseitiges. Im letzten Fall ist jeder in der Obligation Gläubiger und Schuldner zugleich; im ersten Fall ist nur ein Subject Gläubiger und eines Schuldner. Kommen jedoch auch zufällige Verpflichtungen auf Seite des Gläubigers vor, so werden diese vom Schuldner ebenfalls mit der aus der Obligation entstehenden Klage geltend gemacht, welche aber den Zusatz contraria erhält, im Gegensatze von directa, die dem Gläubiger zusteht (§. 119). Das Handeln, welches den Gegenstand der Obligation ausmacht, ist entweder ein positives oder ein negatives (ein Unterlassen) — daher die Eintheilung in affirmative und negative Obligationen. Ist das Handeln ein positives, so ist es entweder ein dare oder ein facere. Das facere ist alles Handeln, welches kein dare ist, d. h. keine Eigenthumsübertragung, keine Uebertragung eines jus in re, oder auch des Genusses, Gebrauches und Besitzes. Wenn mehrere Handlungen auf der einen Seite den Gegenstand der Obligation ausmachen, so müssen diese entweder alle vorgenommen werden, oder nur eine derselben; in welchem letztern Fall der Schuldner durch die Vornahme der einen von jener der übrigen befreit wird (sg. obligatio alternativa). Die Wahl gebührt hier in der Regel dem Schuldner, sie müßte

d) L. 8. §. 9. D. ad SC. Vellejan. (16. 1). L. 8. D. de cond. ob turp. caus. (12. 5).

denn dem Gläubiger besonders überlassen seyn *a*). — Ist die Obligation auf ein Geben gerichtet, so kann der Gegenstand eine sg. fungible oder nicht fungible Sache seyn. Im letzten Falle kann der Gegenstand wieder bloß seiner Gattung nach oder individuell bestimmt seyn; im ersten Falle geht die Obligation immer nur auf die gehörige Quantität und Qualität, wobei der wirkliche Inhalt des Quantums der Schuld in der Regel unveränderlich ist, mag sich der Werth verändern, wie er will *b*). Dieß ist besonders bei Geldschulden von Wichtigkeit, indem hier der Curs sehr verschieden seyn kann *c*). — Ebenso läßt sich gewissermaßen ein fungibles und nicht fungibles facere als Gegenstand der Obligation denken.

III. Inhalt der Obligation.

A. Hauptinhalt.

§. 211.

Der Hauptinhalt der Obligation ist immer auf die der Qualität und Quantität nach genaue Erfüllung gerichtet *a*). Jene fordert, daß sie dem Gläubiger oder doch dem Repräsentanten desselben, vom Schuldner, in der Absicht zu erfüllen, durch Leistung des gehörigen Objects, am gehörigen Orte, zur gehörigen Zeit, nicht stückweise geschehe; diese fordert, daß sie vollständig sey. Es ist daher eine Ausnahme von der Regel, wenn die Qualität einer Obligation in eine andere verwandelt wird, also eine andre Schuld in eine Geldschuld (sg. aestimatio) oder eine Geldschuld in eine andre (sg. datio in solutum), oder wenn der auf einmal zu leistende Gegenstand stückweise geliefert wird *b*), und einseitige Willkühr kann in der Regel eine solche

---

a) L. 25. pr. D. de contrah. emt. (18. 1.).

b) L. 3. D. de R. C. (12. 1.). l. 1. pr. D. de contrah. empt. (18. 1.). l. 94. §. 1. D. de solut. (46. 3.).

c) *Cod.* XI, 10. De veteris numismatis potestate.

a) Pr. Inst. quib. mod. toll. obl. (3. 29. [30.]).

b) L. 3. D. de cond. tritic. (13. 3.). — Nov. 4. c. 3. — l. 57. pr. D. de aedil. ed. (21. 1.). vergl. z. B. mit l. 21. D. de R. C. (12. 1.).

Verwandlung nicht begründen *c*). Jedoch ist es für den praktischen Zusammenhang sehr wichtig, daß in der Reduction des Werthes einer jeden Obligation auf Geld das Mittel liegt, alle an sich unmögliche Handlungen, und dadurch die Erfüllung einer Obligation möglich zu machen, wenn gleich ihr Object untergegangen ist. — Kann aber der Schuldner nicht die gehörige Quantität liefern, weil sein ganzes in Geldwerth angeschlagenes Vermögen dem Geldwerthe der gegen ihn stattfindenden Forderungen nicht gleich kommt, so ist er insolvent. Stehen ihm in diesem Falle mehrere Gläubiger gegenüber, die darüber rechten, wie das unzulängliche Vermögen unter sie vertheilt werden solle, so nennt man Dieß jetzt Concurs oder Gant (bona possidenda und vendenda). Dabei haben denn der Regel nach alle Gläubiger gleichen Anspruch pro rata ihrer Forderungen; aber das Vorhandenseyn von Pfandrechten und von Privilegien, die entweder mit diesen Pfandrechten oder mit Forderungen gewisser Personen verbunden sind, erzeugt hier wichtige und schwierige Modificationen *d*). Weil mit diesem Concurs im alten Rechte für den Schuldner immer Infamie verbunden war, so mochte die Milderung entstehen, daß man ihn nicht auf Mehr condemnirte, als sein Vermögen enthielt (in quantum facere potest) *e*). Das neuere Recht nahm unter gewissen Bedingungen auch Rücksicht auf die Möglichkeit des Unterhaltes auf Seiten des Schuldners (ne egeat) *f*), und darauf gründet sich eine Reihe von Ausnahmen von der Regel, daß die Obligationen vollständig zu erfüllen seyen, wo man dann von dem begünstigten Schuldner jetzt sagt, er habe das beneficium competentiae oder das privilegium deductionis. Uebrigens ist dieses Privilegium an die Person des Schuldners gebunden und kann nur durch exceptio

---

c) L. 2. §. 1. D. de R. C. (12. 1.). l. 16. Cod. de solut. (8. 34)

d) *Inst.* III, 12. (13.). *Dig.* XLII, 5—7. *Cod.* VII, 72. Die Ausführung gehört nicht hierher.

e) §. 37. I. de act. (4. 6.) mit l. alt. Cod. qui bonis cedere poss. (7. 71.).

f) L. 173. pr. D. de R. I. (50. 17.).

geltend gemacht werden g); es wird durch dolus verwirkt und findet bei Obligationen ex delicto nicht statt h).

B. Nebeninhalt.

Einleitung.

§. 212.

Der Hauptinhalt einer Obligation kann Modificationen und Erweiterungen erhalten. Beides erscheint als Nebeninhalt der Obligation. Die Modificationen, d. h. die Veränderungen des Hauptinhaltes, gründen sich entweder auf eine Verletzung durch einen der beiden Theile, oder sie ergeben sich ohne eine solche. Auf jenen Fall bezieht sich die Lehre von der Zurechnung unerlaubter, die Obligation verletzender Handlungen des einen Theiles, auf diesen die Lehre vom Zufall; und für beide Fälle ist die Einwirkung derselben auf die Obligation, d. h. der durch sie bewirkte Nebeninhalt der Obligation, aus-einander zu setzen. — Wenn die Verletzung bloß darin besteht, daß der debitor sich zu erfüllen weigert, so ändert dieß den Hauptinhalt nicht, indem in diesem Falle die Erfüllung durch Zwang realisirt wird. Wenn aber die Nichterfüllung auf einer Unmöglichkeit zu erfüllen beruht, so kann die Obligation einen zufälligen Inhalt erhalten, oder sie bleibt überhaupt unerfüllt. Wann das Eine oder das Andere eintrete, hängt davon ab, ob die Unmöglichkeit dem Schuldner zugerechnet wird oder nicht. Die Erfordernisse für die Zurechnung sind Freiheit des Willens, Zusammenhang des störenden Ereignisses mit einer Handlung des Schuldners, und die Beziehung seines Willens auf dieses Ereigniß.

---

g) L. 24. 25. D. de re judic. (42. 1.). l. 17. §. 1. D. sol. matr. (24. 3.). l. 7. pr. D. de except. (44. 1.).

h) L. 4. §. 1. 2. l. 6. D. quod cum eo (14. 5.). l. 63. pr. §. 7. D. pro soc. (17. 2.). l. 22. §. 1. l. 51. 52. D. de re jud. (42. 1.).

1. Durch eine Verletzung der Obligation.

a) Von der Zurechnung.

A) Dolus und culpa.

a) Begriff.

L. 44. 8. §. 10. D. mandat. (17. 1.). l. 7. §. 3. 7. D. de dol. mal. (4. 3.). l. 7. pr. l. 32. D. deposit. (16. 3.). l. 213. §. 2. l. 223. 226. D. de V. S. (50. 16.). l. 8. §. 3. D. de precario (43. 26.). l. 55. pr. D. locati (19. 2.). l. 5. §. 6. D. commod. (13. 6.).

§. 213.

Wenn das die Erfüllung einer Obligation störende Ereigniß in Beziehung steht zum Willen des Schuldners, so ist diese Beziehung entweder eine directe oder eine indirecte. Jenes ist der Fall, wenn der Schuldner positiv will, daß die Obligation nicht erfüllt werde, und das Resultat seinem Willen entspricht; dieses, wenn er die Aufmerksamkeit, welche in allen Rechtsverhältnissen gefordert wird, auf die Seite setzt, und dadurch die Nichterfüllung der Obligation hervorruft. Beides heißt im Allgemeinen culpa, Verschuldung *a*). Diese ist daher eine widerrechtliche, die Verletzung der Obligation erzeugende Willensbestimmung. Ist sie im ersten Falle zugleich verächtlich, so heißt sie dolus im engern und eigentlichen Sinne (dolus malus); fehlt die Verächtlichkeit, so hat sie zwar dieselbe Wirkung, aber sie heißt nur uneigentlich dolus (per aliquem factum est, quominus fiat). Da die directe Willensbestimmung nur entweder vorhanden seyn kann oder nicht, so hat der dolus keine Grade. Anders ist es bei der indirecten Willensbestimmung; sie besteht in einem Mangel an Aufmerksamkeit (diligentia, cura, custodia) und heißt deßhalb Nachlässigkeit, culpa im engern Sinne, negligentia, desidia. Dieser Mangel kann größer oder kleiner seyn, und bei der Abwägung desselben giebt es einen doppelten Maßstab. Entweder nämlich wird diejenige Aufmerksamkeit (diligentia) unterlassen, welche überhaupt ein sorgsamer Mensch (bonus s. diligens paterfamilias, homo frugi, quam hominum natura desiderat, quam quisquis in suis rebus) anwenden

---

a) Z. B. l. 11. §. 1. Cod. de repud. (5. 17.).

soll (sg. culpa in abstracto); oder der Unaufmerksame ist es im einzelnen Falle mehr, als er es sonst in seinen Geschäften zu seyn pflegt (Unterlassung der diligentia, quam in suis rebus exhibet — sg. culpa in concreto). Die Römer gebrauchen allgemein nur den ersten Maßstab, wobei sie aber allerdings auf den letzten zuweilen Rücksicht nehmen. Sie unterscheiden nämlich eine höhere und eine geringere Nachlässigkeit; jene nennen sie lata culpa (auch latior, dolo proxima), und sie ist vorhanden, 1) wenn Jemand auch die allergewöhnlichste Besonnenheit bei Seite setzt, also eine objectiv nachlässige Handlungsweise entwickelt (dissoluta negligentia, nimia securitas); 2) wenn Jemand sichtbar fremdes Geschäft von eignem unterscheidet und dadurch eine gewisse Unredlichkeit verräth. Bei dieser höhern Nachlässigkeit wird der Verletzende immer so angesehen, als ob er die directe Absicht, die Erfüllung unmöglich zu machen, gehabt hätte (lata culpa plane dolo comparabitur). Die geringere Nachlässigkeit nennen sie levis culpa, auch levissima culpa *b*), wo sie dieselbe der lata entgegensetzen, sonst aber culpa schlechtweg und häufig omnis culpa; sie ist vorhanden, wenn Jemand die Aufmerksamkeit unterläßt, welche einem sorgfältigen Menschen (bonus paterfamilias) eigenthümlich ist *c*). — Die diligentia kommt nur vor, entweder als Gegensatz der culpa oder als eine Verminderung derselben, wenn nämlich der durch levis culpa im Allgemeinen Verantwortliche im einzelnen Fall entschuldigt wird, weil er jene diligentia nicht unterlassen hat, die er in allen seinen Geschäften zu entwickeln pflegt *d*). Die diligentia angewendet auf Bewachung und Aufbewahrung von

b) Levissima culpa kommt nur ein Einzigesmal vor — l. 44. pr. D. ad leg. Aquil. (9. 2.), und ist so wenig von der levis culpa verschieden, wie exactissima diligentia von exacta dilig. und diligentissimus paterfam. von diligens paterf.

c) Damit eine levis culpa nicht vorhanden sey, ist es also nicht nothwendig, daß die Verletzung unabwendbar sey. l. 137. §. 2. D. de V. O. (45. 1.).

d) L. B. l. 17. pr. D. de jure dotium (23. 3.).

von beweglichen Sachen heißt custodia; diese ist daher an sich keine Steigerung der diligentia, erfordert aber ihrer besondern Natur nach regelmäßig Vereitlung des Diebstahls und der Usucapion.

b) Verantwortlichkeit.

L. 23. D. de R. J. (50. 17.). l. 5. §. 2. D. commod. (13. 6.).

§. 214.

Für dolus und lata culpa ist der Verletzende immer verantwortlich, für levis culpa in der Regel nur dann, wann er aus dem Geschäfte dessen Natur nach Vortheil erwartet, wobei es gleichgültig ist, ob das Nämliche auf der andern Seite stattfindet oder nicht. Uebrigens kann diese Regel durch Privatwillkühr modificirt werden; nur ist der Vertrag ungültig, durch welchen man von der Verantwortung wegen eines künftigen dolus befreit werden soll. Ein solcher modificirender Vertrag wird aber zuweilen auch als stillschweigend geschlossen vorausgesetzt, und daraus erklärt sich, warum in manchen Fällen der Vorwurf der levis culpa wegfällt, wenn der Schuldner nachweis't, daß er in der Regel in allen seinen Geschäften nicht sorgfältiger sey, und warum beim Mandat der Schuldner auch levis culpa zu prästiren hat (§. 257). —

B) Mora.

L. 72. pr. D. de solut. (46. 3.). l. 3. §. 3. 4. l. 51. D. de act. E. et V. (19. 1.). l. 32. l. 17. §. 1. l. 41. pr. D. de usur. (22. 1.). l. 8. §. 1. l. 20. D. de cond. furt. (13. 1.). l. 1. §. 35. D. de vi (43. 16.). l. 3. Cod. in quib. caus. in int. rest. (2. 41.). l. 5. D. de R. C. (12. 1.). l. 4. 6. Cod. de pericul. (4. 48). L. 17. D. de peric. (18. 6). l. 8. §. 6. D. de precar. (43. 26.). l. 8. pr. D. de novat. (46. 2.).

§. 215.

Die genaue Erfüllung der Obligation erfordert, daß zur gehörigen Zeit erfüllt werde. Geschieht dieß nicht, so liegt in der willkührlich einseitigen Verspätung (mora) eine Verletzung der Obligation, welche aber eben so gut vom Gläubiger herrühren kann, insofern er sich die gehörig angebotene Erfüllung anzu-

nehmen ohne triftigen Grund weigert (sg. mora creditoris, accipiendi), als vom Schuldner, insofern er auf eine gehörige Mahnung (interpellatio) nicht erfüllt (sg. mora debitoris, solvendi). Ausnahmsweise ist eine Mahnung nicht nothwendig (mora ex re, im Gegensatze der mora ex persona oder sg. interpellatio hominis), wenn sich Jemand mit Gewalt in den Besitz einer unbeweglichen Sache gesetzt, oder eine bewegliche gestohlen hat, wenn der Gläubiger minor und wenn der Fiscus Gläubiger ist. — Durch das Daseyn einer mora wird die Obligation modificirt. Diese Modification besteht hauptsächlich darin, daß der Säumige seine Verpflichtung so hoch als möglich erhebt, während er in eben dem Maße die Verbindlichkeit des Gegentheils mindert. Er trägt daher die Gefahr der Sache und haftet nun für levis culpa, wenn er auch vorher nur für lata culpa verantwortlich war, während sein Gegentheil von der Verantwortlichkeit für levis culpa frei wird. Hat das zu leistende Object an Werth verloren, so gereicht dieß dem Säumigen zum Nachtheil, wie denn dieser dem Gegentheil den durch die mora erwachsenen Schaden zu ersetzen hat. Insbesondere hat der säumige Schuldner bei einem verzinslichen Gegenstande der Schuld Verzugszinsen zu entrichten (usurae ex mora §. 220). — Diese Folgen der mora fallen für die Zukunft, nicht aber so weit sie schon die Obligation modificirt haben, weg (mora purgatur), wenn der nichtsäumige Gegentheil die mora erläßt, was auch stillschweigend geschehen kann, und wenn der bisher Nichtsäumige ebenfalls säumig zu werden anfängt.

b) Vom casus.

L. 18. pr. De commod. (13. 6.). l. 137. §. 4. l. 23. D. de V. O. (45. 1.). l. 17. §. 3. D. depos. (16. 3.). l. 19. §. 6. l. 38. §. 1. l. 15. §. 6. D. locati (19. 2.). §. 3. Inst. de E. et V. (3. 23. [24.]). l. 30. §. 5. D. ad leg. Falc. (35. 2.). l. 1. pr. l. 10. pr. D. de peric. (18. 6.).

§. 216.

Beruht die Modification der Obligation nicht auf dem Willen eines der beiden Theile, sondern auf einem von dem

Willen ganz unabhängigen Ereignisse, so heißt dieß casus. Casus ist daher alles auf die Obligation störend Einwirkende, was nicht dolus, culpa und mora ist, daher auch das störende Ereigniß, insofern es als levis culpa im einzelnen Falle nicht zu verantworten ist. Die aus dem casus entspringende, nur nicht bloß subjective, Unmöglichkeit der theilweisen oder gänzlichen Erfüllung, also der Schaden, den die Obligation durch den casus erleidet (periculum) *a*), steht der theilweisen oder gänzlichen Erfüllung in der Regel ganz gleich, und der Verpflichtete braucht daher den Schaden nicht zu ersetzen *b*).

c) Vom Schadensersatze und Interesse.

L. 21. §. 2. l. 33. pr. D. ad leg. Aquil. (9. 2.). l. 2. §. 8. D. de eo quod. cert. loc. (13. 4.). l. 1. pr. l. 21. §. 3. l. 13. pr. §. 1. 2. D. de act. E. et V. (19. 1.). *Cod.* VII, 47. De sententiis, quae pro eo quod interest, proferuntur. l. 19. D. de peric. (18. 6.). l. 45. D. de contrah. empt. (18. 1.). l. 54. pr. D. mand. (17. 1.). l. 3. §. 2. D. commod. (13. 6.). l. 22. D. de R. C. (12. 1.). l. 3. D. de cond. tritic. (13. 3.). *Dig.* XII, 3. *Cod.* V, 53. De in litem jurando.

§. 217.

Wenn die Verletzung der Obligation von der Art ist, daß eine bloße Aufhebung derselben der Obligation ihre ehemalige Gestalt nicht geben kann, so muß an die Stelle der Erfüllung etwas Anderes treten, das im Werthe der Erfüllung gleich kommt. Dieß nennen wir Schadensersatz *a*). Das Surrogat

---

a) Zuweilen bezieht sich der Ausdruck periculum auf eine dem Schaden zum Grunde liegende culpa, wie furti periculum, indem das furtum dem Bestohlenen in der Regel als culpa zugerechnet wird. Vergl. z. B. l. 14. D. de peric. (18. 6.). l. 5. §. 13. D. commod. (13. 6.).

b) Wenn der Gegenstand theils durch Verschulden, theils durch casus untergegangen ist (sg. casus dolo vel culpae subordinatus, sg. casus mixtus), so ist immer Verpflichtung zum Ersatz vorhanden. L. 1. §. 4. D. de O. et A. (44. 7.). l. 18. pr. commod. (13. 6.)

a) Schaden im eigentlichen Sinne bezeichnet einen Nachtheil, der in Geld angeschlagen werden kann; er umfaßt nicht bloß das, was man bereits hat (positiver Schaden, sg. damnum emergens),

selber heißt Interesse (utilitas, id quod interest, quanti interest). Das Interesse ist entweder direct (utilitas circa ipsam rem), wenn und so weit der Schaden unmittelbare Folge der Verletzung ist, wobei sowohl die natürlichen als civilen Früchte in Anschlag kommen, oder indirect, wenn und soweit zum Daseyn des Schadens ausser der Verletzung noch andere Umstände hinzutreten. Nach Justinians Vorschrift soll, wenn das Object der Verletzung bestimmt ist, das Interesse den doppelten Werth nie übersteigen; wenn aber das Object unbestimmt ist, so soll in der Regel nur das directe, im Fall aber die Verletzung sich auf einen dolus gründet, bei allen Obligationen, sonst aber nur bei den obligationes ex delicto, auch das indirecte Interesse gefordert werden können. In der Regel kommt bei der Berechnung des Interesse ausser dem gemeinen Werth (quanti omnibus valet) auch jener in Anschlag, den die Sache nur für diesen bestimmten Beschädigten hat; bloße Affectionen dagegen sind nicht zu berücksichtigen. Hat der Werth in der Zeit gewechselt, so wird er, insofern es sich um individuell bestimmte Sachen handelt, bei der stricti juris actio berechnet, wie er im Augenblicke der litis contestatio, bei der bonae fidei actio, wie er im Augenblicke des Urtheils war. Im Fall einer mora wird der höchste Werth angeschlagen. Ist der Werth nach dem Orte verschieden, so wird die Taxation in der Regel nach dem Orte gemacht, an welchem die Erfüllung stattfinden müßte. — Der Beschädigte kann übrigens in gewissen Fällen die Größe seines erlittenen Schadens durch Eid selbst bestimmen (in litem jusjurandum), wobei jedoch der Richter diese Taxation ermäßigen kann, und überhaupt sehr freie Hand hat.

---

sondern auch einen entgangenen Gewinn (negativer Schaden, st. lucrum cessans). l. 44. D. de minor (4. 4.). l. 26. D. de damno infecto (39. 2.).

2. Durch eine Erweiterung der Obligation.

a) Vom commodum.

§. 3. Inst. de empt. (3. 23. [24.]). l. 7. pr. D. de peric. (18. 6.). l. 13. §. 12. D. de act. E. et V. (19. 1.).

§. 218.

Commodum ist das Gegentheil von periculum, also der Vortheil, der einer Obligation durch Zufall zuwächs't. Es kommt immer Demjenigen zu, der im entgegengesetzten Falle das periculum tragen müßte, was nur bei Jenem wegfällt, welcher seiner mora wegen das periculum zu tragen hat.

b) Von Zinsen.

Paul. II, 14. *Cod. Theod.* II, 33. *Dig.* XXII, 1. De usuris et fructibus etc. *Cod.* IV, 32. De usuris, und mehrere Novellen. Ueber das ältere Recht siehe Hugo R. G. S. 96. 293 ff. 304. 791. 943. 983. 989. 992. 1005. 1129. Schweppe R. G. §. 260—263.

A) Begriff.

§. 219.

Zinsen sind die Erweiterung einer Obligation, welche auf ein Geben von sg. fungiblen Sachen gerichtet ist, insofern für den Gebrauch der letztern und die Gefahr eine Quote der Hauptsumme (sors, caput) gezahlt wird, welche nach der Zeit des Gebrauchs und der Gefahr berechnet zu werden pflegt (*usurae*, *foenus*, Wucher, Interessen [von id, quod interest], Zinsen [von census]). Zinsen sind zwar an sich keine Früchte, werden aber als solche juristisch betrachtet. Die Berechnung geschieht bei uns nach Jahren. Die Römer rechneten nach Monaten; daher waren bei ihnen centesimae ein Procent monatlich, also zwölf Procent jährlich, binae centesimae waren 24, triplex usura 36, quaternae centesimae 48 Procent jährlich. Geringere Zinsen als 12 Procent wurden nach Bruchtheilen des as (zwölf unciae) berechnet (z. B. uncia usura = 1 Procent jährlich, sextantes usurae = 2 Procent u. s. f.). —

B) Entstehung und Aufhebung.

§. 220.

Die Erweiterung der Hauptschuld durch Zinsen beruht entweder auf gesetzlicher Vorschrift oder auf Privatwillkühr. 1) Die wichtigste, aber nicht einzige *a*) Art der auf gesetzlicher Vorschrift beruhenden Zinsen (sg. usurae legales) sind die Verzugszinsen (usurae morae s. ex mora). Sie sind nur möglich, wenn die Schuld auf einem b. f. contractus beruht, und nicht aus einer reinen Liberalität des Schuldners herrührt. Da sie nur als Accessorium der Hauptschuld zu betrachten sind, so muß die Klage auf Entrichtung der Hauptschuld zugleich auf Entrichtung der Verzugszinsen gerichtet seyn, sonst ist die Klage auf letztere verloren. Ihr Maß richtet sich nach dem Schaden, welchen die mora verursacht, oder auch nach dem Vertrag, in welchem sie besonders versprochen sind. 2) Die wichtigste, aber auch wieder nicht einzige *b*) Art der auf Privatwillkühr beruhenden Zinsen, sind die aus einem eigenen Zinsversprechen herrührenden (sg. usurae conventionales). — Die Zinsverbindlichkeit wird für die Zukunft aufgehoben a) durch Vertrag, b) durch Tilgung der Hauptschuld, c) durch Verjährung der Klage auf die Hauptschuld, und zwar in der Art, daß dadurch auch die Klage auf jeden Zinsposten verjährt ist, d) durch res judicata. Ist aber im letzten Falle nach vier Monaten noch nicht gezahlt, so laufen neue Zinsen, und zwar 12 Procent wegen des Ungehorsams (usurae rei judicatae) *c*).

---

a) So kommen z. B. Zinsen vor wegen unbefugten Gebrauchs fremder Capitalien zu eignem Nutzen, wegen unterlassener Eintreibung oder Anlegung fremder Capitalien, wegen eines zu vergütenden in rem versum u. s. f. Auch die usurae rei judicatae gehören hierher (not. c.).

b) So kann sich die Zinsverbindlichkeit namentlich auch auf Testament gründen.

c) *Cod.* VII, 54. De usuris rei judicatae.

C) Zinsbeschränkungen.

Dig. XXII, 2. De nautico foenore. *Nov.* 121. 138. (nicht glossirt wie auch die l. 29. 30. cod. h. t.) l. 20. cod. ex quib. caus. infam. (2. 12.).

§. 221.

Die Zinsbeschränkungen beziehen sich 1) auf das Maß der Zinsen. Nach Justinians Vorschrift sollen regelmäßig nur semisses usurae (6 Procent) gegeben werden. Ausnahmen finden statt a) für die illustris persona. Diese darf nur trientes usurae (4 Procent) nehmen. b) Für Kaufleute, welche besses usurae (8 Procent) nehmen dürfen; c) für trajectitia pecunia, d. h. für ein über die See geliehenes Capital, wobei der Gläubiger, wenn er die Gefahr trägt, centesimae usurae nehmen darf (nauticum foenus). d) Für sg. fungible Sachen, welche nicht Geld sind, wobei ebenfalls centesimae usurae genommen werden dürfen. — Die Zinsbeschränkungen beziehen sich 2) auf die Gesammtsumme der Zinsen, indem nach Justinians Vorschrift nicht bloß die noch nicht gezahlten bis zur Summe des Capitals angelaufenen Zinsen nicht weiter laufen, sondern auch die Summe der bezahlten Zinsen das Capital nicht übersteigen soll (ultra duplum usurae, oder, wie man jetzt sagt: ultra alterum tantum). — Sie beziehen sich endlich 3) auf den sg. Anatocismus, indem im eigentlichen Sinne Zins von Zins zu nehmen (usurarum usurae) ohne Unterschied der Entstehung verboten ist. — Ein Vertrag, worin Zinsen gegen diese Verbote versprochen werden, ist ungültig. Die dagegen gezahlten Zinsen werden am Capital abgerechnet, und können, wenn dieses schon zurückgezahlt ist, als indebitum zurückgefordert werden. Von den älteren Strafen des Zinswuchers trifft im Justinianischen Rechte den Wucherer wenigstens noch Infamie

Zweites Capitel.

Vom Subject der Obligation.

I. Fähigkeit, Subject einer Obligation zu seyn.

§. 222.

Ihrer Natur nach setzt jede Obligation wenigstens zwei Sub-

jecte voraus, einen Gläubiger und einen Schuldner (§. 207), wiewohl auf beiden Seiten auch mehrere Personen, und zwar unter manchen Verhältnissen vorkommen können. Fähig, Subject einer Obligation zu seyn, ist Jeder, der überhaupt Rechtsfähigkeit hat. Auf Handlungsfähigkeit kommt es dabei nur insoweit an, als von Errichtung oder Aufhebung einer Obligation die Rede ist. Wegen besonderer Rücksichten sind indessen gewisse Personen unfähig sich zu obligiren *a*).

II. Mehrheit der Subjecte in einer Obligation.

A. Gleichzeitige Mehrheit.

Inst. III, 16. (17). De duobus reis stipulandi et promittendi. *Dig.* XLV, 2. De duobus reis constituendis. *Cod.* VIII, 40. De duob. reis stip. et promitt. *Nov.* 99.

§. 223.

Sind zur gleichen Zeit auf einer der beiden Seiten der Obligation oder auf jeder mehrere Subjecte vorhanden, so ist die Obligation entweder 1), und zwar in der Regel, so getheilt, daß Jeder nur seinen bestimmten Antheil (pro rata, pro portione, pro virili) daran hat, also im Grunde mehrere Obligationen existiren; oder die Obligation ist 2) der Art, daß Jeder der mehreren Gläubiger das Ganze fordern oder Jeder der mehreren Schuldner auf das Ganze in Anspruch genommen werden kann (singulorum in solidum obligatio). In der Regel wird in einem solchen Solidarverhältnisse die Verpflichtung der übrigen Schuldner durch die Erfüllung des einen, so wie die Forderung der übrigen Gläubiger durch die Leistung an den einen derselben aufgehoben; es giebt aber auch Ausnahmsfälle, wo dieß nicht eintritt *a*). Findet bei Solidarverhältnissen eine wahre Einheit der Obligation statt, so nennt man dieß jetzt Correalobligation, welche sowohl activ als passiv vorkommen kann (plurium stipulandi, promittendi, credendi,

a) Z. B. l. 49. D. locati (19. 2.). l. 30. 31. cod. de locat. (4. 65.). *Cod.* V, 41. Ne tutor, vel curator vectigalia conducat.

a) Z. B. l. un. §. 11. cod. de caduc. toll. (6. 51.).

debendi reorum, oder auch correorum obligatio). Diese Correalobligation erfordert ihrem Wesen nach denselben Verpflichtungsgrund, dasselbe Object, dieselbe Art und denselben Grad der Verpflichtung *b*). Regelmäßig entsteht sie nur durch Privatwillkühr; Solidarverhältnisse dagegen ohne Correalität können auch durch richterlichen Spruch entstehen, durch Gesetz (§. 227. 234. 362.), oder der Natur der Sache nach, wenn Mehrere einen untheilbaren Gegenstand zu geben oder zu fordern haben (z. B. §. 464). Die Wirkungen ergeben sich zum Theil aus dem Begriffe; insbesondere können 1) die übrigen Solidargläubiger, wenn einer von ihnen durch Erfüllung, welcher, jedoch nur bei eigentlichen Correalverhältnissen, jedes den objectiven Bestand der Obligation aufhebende Ereigniß gleichsteht *c*), befriedigt ist, vom Schuldner nichts mehr fordern, und ebenso wenig an den Befriedigten einen Anspruch machen, sie möchten denn aus einem besondern Grunde, z. B. als socii, dazu berechtiget seyn. Ebenso werden 2) Solidarschuldner durch die Erfüllung des Einen von ihnen, und was dieser bei der eigentlichen Correalobligation wieder rechtlich gleichsteht (Not. c.), vollkommen befreit, und für Denjenigen, welcher befriedigt hat, findet kein Regreß gegen die Uebrigen statt, wenn nicht ebenfalls ein besonderer Grund dafür eintritt *d*). Jedoch hat der Gläubiger das Recht theilweise von Jedem zu fordern, und die Schuldner können, wenn ihre Verpflichtung auf einer Intercession beruht, das sg. beneficium divisionis in Anspruch nehmen (§. 264). 3) Die mora des einen Solidarschuldners schadet zwar den übrigen nicht, wohl aber haben, jedoch nur die eigentlichen correi für dolus und culpa ihrer Mitschuldner einzustehen.

---

b) Vergl. jedoch l. 7. D. h. t. (45. 2.).

c) Dahin gehört Novation, Acceptilation, Eid (§. 238. 239. 243. Nr. V.), nicht aber z. B. confusio, compensatio, ein Nachlaßvertrag (§. 240. 243. Nr. I u. IV.).

d) Ein besonderer Grund liegt auch darin, daß der zahlende Schuldner die Klage des Gläubigers sich hat cediren lassen. l. 39. D. de fidejuss. (46. 1.).

B. Successive Mehrheit.

Caj. II, 38. 39. l. 25. §. 2. D. de usufr. (7. 1.). *Dig.* XVIII, 4. *Cod.* IV, 39. De hereditate vel actione vendita. *Cod.* II, 14. Ne liceat potentioribus patrocinium litigantibus praestare vel actiones in se transferre. *Cod.* VIII, 5. De litigiosis. *Nov.* 72. c. 5.

§. 224.

Mit der Nachfolge I. in das Vermögen eines Andern als Ganzes (§. 114) ist von selber die Nachfolge in alle jene Obligationen verbunden, welche nicht lediglich an der Person haften. Der wichtigste Fall ist die Beerbung (§. 374). II. Eine einseitige Uebertragung und daraus hervorgehende successive Mehrheit der Subjecte einer Obligation betrachten die Römer aus in der Natur der Sache liegenden Gründen für unzulässig. Sie haben aber dafür zwei Surrogate, durch welche das nämliche Resultat gewonnen wird, obgleich damit eine successio, wie sie beim Eigenthume möglich ist, nicht verbunden ist. Diese Surrogate sind die novatio (§. 238) und die cessio. Die Cession, welche nur auf Seiten des Gläubigers vorkommen kann, ist die Uebertragung des Klagrechts aus einer Obligation auf einen Andern (mandare, praestare actionem, procuratorem aliquem facere), mit der Nebenbestimmung, daß dieser den Gegenstand der Forderung für sich behalten dürfe (procuratorem in rem suam facere). Den Schuldner nennt man jetzt debitor cessus, den Gläubiger cedens, Denjenigen, dem die Klage übertragen wird, cessionarius. Diese Cession kann auf Seiten des Gläubigers entweder freiwillig seyn, oder nothwendig, letzteres, wenn sie ohne vorangegangenen Vertrag gefordert werden kann *a*). Ist die Cession freiwillig, so stellt der Cessionar die Klage aus der Obligation als directa an; ist die Cession nothwendig, und will der Gläubiger die Klage nicht übertragen, so kann sie der Cessionar als utilis actio, welche aber von der directa in der Wirkung nicht verschieden ist, anstellen. Der Schuldner braucht in die Cession nicht

a) Z. B. l. 43. 45. D. mandat. (17. 1.). l. 31. pr. D. de act. E. e V. (19. 1.). l. 21. D. de R. V. (6. 1.). l. 95. §. 10. D. de solut. (46. 3.)

einzuwilligen, indem die Person des Gläubigers sich eigentlich nicht verändert. Darum stehen ihm gegen den Cessionar alle Einreden zu, die er gegen den Gläubiger selbst hatte und der Cessionar kann von allen mit der Obligation accessorisch verbundenen Verhältnissen, so wie von den Privilegien des cedens Gebrauch machen; aber seiner eigenen Privilegien darf er sich nicht bedienen. Indessen wird durch die Cession an sich der Schuldner von dem Gläubiger nicht frei; darum kann dieser noch immer gegen ihn klagen, wiewohl er das hierdurch Erlangte dem Cessionar ausliefern muß. Nur wenn dem Schuldner die Cession förmlich angezeigt ist, darf er den Cedenten nicht mehr als seinen Gläubiger betrachten *b*). Indessen giebt es Beschränkungen der Cession, welche sich theils auf die Personen, theils auf die Klagen selber beziehen. In jener Beziehung dürfen dem filiusfamilias nicht Klagen gegen den Vater *c*), dem curator nicht Klagen gegen den ehemals oder noch in seiner cura befindlichen minor und überhaupt dürfen Klagen nicht einem Solchen cedirt werden, welcher dem Schuldner durch seine Macht lästig seyn könnte, wobei ein unterlaufender dolus den Verlust der Obligation nach sich zieht. In objectiver Beziehung sind in der Regel der Cession alle Klagen entzogen, auf welche sich der Schuldner vor Gericht schon eingelassen hat, und Klagen, welche sich nicht auf reine Vermögensrechte beziehen, also öffentliche Anklagen (populares actiones und die sg. actiones vindictam spirantes [wie die Injurienklage]). Eine solche Cession ist ungültig. — Merkwürdig ist des Kaisers Anastasius Verordnung, welche verbunden mit Justinians späteren Vorschriften dahin geht, daß der Cessionar, wenn sich die Cession auf Kauf gründet, vom Schuldner nicht mehr fordern kann, als er dem Cedenten dafür gegeben hat (sg. lex Anastasiana), wobei der Rest der Forderung gänzlich erlischt *d*).

b) Arg. l. 17. D. de transact. (2. 15.). l. 3. cod. de novat. (8. 42.).

c) L. 7. D. de O. et A. (44. 7.).

d) L. 22. 23. cod. mandat. (4. 35.); vergl. auch die nicht glossirte l. 4. cod. eod. —

III. Rechte und Verbindlichkeiten dritter Personen aus einer Obligation.

A. Durch Repräsentation.

1. Im Allgemeinen.

Inst. III, 28. (29.). Per quas personas nobis obligatio adquiritur III, 17. (18.). De stipulatione servorum. l. 45. pr. §. 1. D. de V. O. (45. 1.).

§. 225.

Subject einer Obligation kann man in der Regel nur durch eigne Handlungen werden. Indessen war schon im ältern Rechte *a*) eine Repräsentation insofern möglich, als Jeder durch die Handlungen eines Dritten, welcher sich in seiner potestas befand, Gläubiger, nicht aber Schuldner werden konnte. Hievon gelten aber einige wichtige Ausnahmen, insofern nicht nur der Herr und der Vater unter gewissen Verhältnissen durch den Sclaven und den Sohn Schuldner, sondern auch überhaupt in gewissen Handlungsverhältnissen der Dritte durch Geschäfte eines Repräsentanten, gleichviel ob dieser in seiner Gewalt stand oder nicht, sowohl Gläubiger als Schuldner werden konnte. Diese Ausnahmen sind nun im Justinianischen Rechte noch besonders hervorgehoben, obgleich sich der allgemeine Grundsatz geändert hatte, indem nach und nach jede Repräsentation in obligatorischen Verhältnissen möglich wurde, sobald die Entstehungsart der Obligation eine naturale, d. h. sobald die Form der Entstehung im jus gentium gegründet ist. Bei civilen Entstehungsarten der Obligation (z. B. bei der Stipulation) blieb der alte Grundsatz, daß nur Repräsentation stattfindet, wenn der Repräsentant in der Gewalt des Repräsentirten steht, und insofern Letzterer Gläubiger werden soll (sg. nothwendige Repräsentation im Gegensatz der freien).

---

a) Vergl. Hugo R. G. S. 233. 299. 544. 927.

Besondere Fälle.

a) Mit Rücksicht auf Herren= und väterliche Gewalt.

Paul II, 9. *Inst.* IV, 7. Quod cum eo, qui in aliena pot. est, negot. gest. esse dicitur. *Dig.* XV, 4. Quod jussu. XV, 1. De peculio XV, 2. Quando de peculio actio annalis est. XV, 3. De in rem verso. §. 10. Inst. de act. (4. 6.). *Cod.* IV, 26. Quod cum eo etc.

§. 226.

Unter den im vorigen Paragraphen erwähnten Ausnahmen von der Regel des älteren Rechts, welche noch im Justinianischen besonders hervorgehoben sind, beziehen sich A) einige auf die Repräsentation durch Sclaven und Haussöhne. Sie sind folgende: 1) Wenn der Sclave oder Haussohn auf Befehl des Herrn oder Vaters eine Obligation schließt, so kann der Herr oder Vater aus der Obligation belangt werden, und zwar mit der eben begründeten Klage, welche den Zusatz quod jussu erhält (z. B. ex stipulatu actio quod jussu). 2) Wenn der Herr oder Vater dem Sclaven oder Haussohn die Verwaltung eines Theiles seines Vermögens überläßt (peculium), so kann er von Dritten, welche mit dem Repräsentanten in Obligationsverhältnissen stehen, in der Regel *a*), so weit das peculium reicht, wobei dessen Werth nach der Zeit des Urtheils bestimmt wird, in Anspruch genommen werden mit der in der Obligation begründeten Klage, welche dann den Zusatz de peculio erhält *b*). Indessen darf der Herr oder Vater seine eigenen Forderungen vorabziehen, und er kann sich von aller Klage befreien, wenn er den Gläubigern das peculium ganz überläßt *c*). Hat übrigens der Repräsentant das ganze peculium oder einen Theil desselben in ein Handelsgeschäft verwendet, so darf der Herr oder Vater, so weit dieß geschehen ist, und so weit er Kenntniß davon hat, seine eigenen Forderungen nicht vorabziehen, sondern steht den übrigen

---

a) Hat sich der Sohn durch unerlaubte Handlungen obligirt, so haftet der Vater nur, so weit das peculium bereichert ist.

b) Ueber die Verjährung dieser Klage cf. l. 1. §. 1. D. h. t. (15. 2.).

c) Nur darf der Herr oder Vater nicht arglistig handeln, noch zu sehr zögern l. 9. D. commun. divid. (10. 3.).

Gläubigern gleich, mit denen er pro rata theilt. Verweigert er die Theilung (tributio), oder benimmt er sich arglistig dabei, so haben die Gläubiger gegen ihn die tributoria actio, welche mit jener de peculio in der Art concurrirt, daß eine die andre ausschließt. 3) Wenn der Sclave oder Sohn den Herrn oder Vater zu dessen eignem Vortheile zum Schuldner in einer Obligation gemacht hat, so haftet dieser, wenn er auch seine Einwilligung nicht dazu gegeben hat, und es findet gegen ihn die in der Obligation begründete Klage mit dem Beisatze de in rem verso statt.

b) Ohne Rücksicht auf Herren- oder väterliche Gewalt.

Paul. II, 6. 8. §. 2. Inst. quod cum eo (4. 7.). *Dig.* XIV, 1. De exercitoria actione. XIV, 3. De institoria actione.

§. 227.

Andere Ausnahmen von der Regel des älteren Rechts, wie sie im §. 225 angegeben ist, und welche im Justinianischen Rechte besonders hervorgehoben sind, beziehen sich B) auf Repräsentation im Allgemeinen, ohne Rücksicht auf das Daseyn oder Nichtdaseyn einer väterlichen Gewalt. Hierher gehört 1) die im prätorischen Edict begründete exercitoria actio. Der Schiffsrheder (exercitor) ist für alle Geschäfte und Verträge, welche sein Setzschiffer (magister navis), ohne die Gränzen der ihm gegebenen Vollmacht zu überschreiten, zum Zwecke des Geschäfts und der Schifffahrt abschließt, verbindlich, und zwar in der Art, daß die Gläubiger des magister die Wahl haben, ob sie den magister mit der im Geschäfte begründeten Klage oder den exercitor mit der nämlichen Klage, welche dann den Beisatz exercitoria erhält, belangen wollen. Will umgekehrt der exercitor aus den Geschäften seines magister klagen, so kann er dieß unbedingt, wenn Dieser sich in seiner Gewalt befindet; ist dem aber nicht so, so muß ihm der magister seine Klagen cediren, und der exercitor kann sie, wenn Dieser sich weigert, als utiles actiones (§. 224) anstellen. 2) Die institoria actio, welche ganz auf denselben Grundsätzen beruht und stattfindet, wenn der Herr einer Handlung oder eines Gewerbes aus Geschäften, die sein Factor (institor) geschlossen hat, belangt

werden soll. Haben Mehrere einen magister oder institor gemeinschaftlich bestellt, so haften sie in solidum. Weil übrigens die in dem vorigen und in diesem Paragraphen genannten Klagen nur zu den in den Geschäften selber begründeten hinzugefügt werden (non transfertur actio, sed adjicitur), so nennt man sie jetzt actiones adjectitiae qualitatis.

B. Ohne Repräsentation.

Inst. III, 19 (20.). De inutil. stipul. (§. 4. 19. 20. 13—16.) l. 11. D. de O. et A. (44. 7.). l. 141. §. 3. 7—9. l. 38. §. 20—23. l. 83. §. 17. D. de V. O. (45. 1.). l. 3. cod. ne uxor pro mar. (4. 12.). l. 10. l. 12. §. 1. D. de solut. (46. 3.). *Cod.* IV, 11. Ut actiones et ab heredib. et contra hered. incipiant.

§. 228.

Findet keine nothwendige oder freie Repräsentation statt, so gilt nach der Natur der Obligation als eines rein persönlichen Verhältnisses die Regel, daß Niemand einen Dritten zum Gläubiger noch zum Schuldner in einer Obligation machen kann. Ein solches Geschäft begründet nicht nur für den Dritten keine obligatio, sondern auch für den Contrahenten, es müßte denn der Dritte solutionis causa bloß zur Erleichterung für den Schuldner, oder weil der Gläubiger ein Interesse dabei hätte, daß dem Dritten gezahlt würde, hinzugefügt seyn. Jedoch kann durch eine poenae stipulatio die Obligation auch für einen Dritten, insofern er Gläubiger seyn soll, wirksam werden, und nach Justinians singulärer Vorschrift kann eine Obligation in der Art contrahirt werden, daß sie erst in der Person des Erben ihren Anfang nehmen soll.

Drittes Capitel.

Entstehung der Obligation.

Einleitung.

Caj. III, 90. §. 2. Inst. de obligat. (3. 13. [14.]). l. 1. pr. D. de O. et A. (44. 7.).

§. 229.

Die Obligation entsteht entweder aus einem Vertrage (contractus, pactum conventum, pactum, conventio) oder

aus einem Vergehen, einer Beschädigung (maleficium, delictum) oder aus einem Grunde, der bald mit dem Vertrage, bald mit dem Delict größere Aehnlichkeit hat (variae causarum figurae — quasi ex contractu, quasi ex maleficio).

I. Entstehung der Obligationen aus Verträgen.

Paul. I, 1. *Dig.* II, 14. *Cod.* II, 3. De pactis.

A. Begriff und Eintheilung der Verträge.

§. 230.

Vertrag (in diesem Sinne) ist der erklärte übereinstimmende Wille Mehrerer über ein obligatorisches Verhältniß, welches zwischen ihnen bestehen oder aufhören soll *a*). Der Vertrag ist daher eben sowohl ein Entstehungsgrund der Obligation, als der Grund ihres Endes. Die Verträge, welche Obligationen erzeugen, sind 1) entweder einseitig oder zweiseitig, d. h. sie erzeugen entweder eine einseitige oder eine zweiseitige Obligation (§. 131. 210). 2) Entweder lucrative oder onerose, je nachdem der Eine auf Kosten des Andern bereichert werden soll oder nicht. 3) Entweder *legitima pacta* oder *juris gentium b*), eine Eintheilung, welche jener der Erwerbarten des Eigenthums in civile und naturale analog ist (§. 162). 4) Entweder *bonae fidei* oder *stricti juris*, je nachdem daraus b. f. actiones oder stricti juris actiones entstehen (§. 119). 5) Entweder *contractus* oder *pacta* (beide Ausdrücke im engern Sinne), je nachdem sie eine actio erzeugen, oder nur eine exceptio, eine Eintheilung, welche im älteren römischen Rechte streng durchgeführt war, im neueren aber manche Modificationen erhalten hat. Ursprünglich nämlich beruht sie auf dem Unterschiede in der Form. Förmliche Verträge sind contractus, unförmliche pacta. Die Form besteht

---

a) Der Vertrag ist daher nur ein angenommenes Versprechen; ein nicht angenommenes Versprechen bindet den Versprechenden in der Regel nicht. *Paul.* V, 12. §. 9. Ausnahmsweise kommen pollicitationes vor, welche einer Annahme nicht bedürfen. *Dig.* L, 12. de pollicitatt.

b) L. 5—7. §. 2. D. h. t. (2. 14.).

aber entweder in einer mündlichen (Redeform) oder in einer schriftlichen. Daher die Eintheilung der Obligation in verborum und literarum obligatio. Ist die mündliche oder schriftliche Form nicht beobachtet, so ist der Vertrag ein pactum. Indessen kam es schon früh nicht auf die Form an, wenn mit dem pactum die Leistung des einen Paciscenten sogleich verbunden war (re contrahitur obligatio). Aber auch andere Verträge, mit denen weder die Form noch die sofortige Leistung verbunden war, sollten schon nach altem Civilrechte vollkommen bindend seyn, wenn nur die wesentlichen Erfordernisse jedes Vertrages beobachtet waren (consensu fit obligatio). — Nur die bisher genannten Arten von Verträgen, welche schon im älteren Civilrecht als klagbar anerkannt waren, heißen contractus. Ihnen stehen gegenüber die im alten Civilrechte nicht als klagbar anerkannten Verträge (pactum, nudum pactum, pactio, nuda pactio). Indessen erhielten durch spätere Begünstigung auch manche von diesen die volle civile Wirksamkeit, indem a) der Grundsatz aufkam, jedes einem b. f. contractus sofort hinzugefügte pactum sey, als in jenem enthalten, klagbar (pacta conventa inesse bonae fidei judiciis) *c*), daher die jetzige Benennung: pacta adjecta; indem b) der Prätor einer Reihe von pactis Klagbarkeit gab (sg. pacta praetoria), und endlich c) auch durch kaiserliche Gesetzgebung manchen pactis die volle Wirksamkeit gegeben wurde (sg. pacta legitima). Alle diese durch das spätere Recht klagbar gewordenen pacta nennt man jetzt im Gegensatz der nuda pacta: non nuda, vestita, justa. —

C. Erfordernisse der Verträge.

§. 231.

Was I. die persönlichen Erfordernisse betrifft, so kann, wer überhaupt willensfähig ist, in der Regel Verträge schließen. Unfähig sind daher z. B. infantes, furiosi und vollständig Betrunkene. Ausserdem treten mancherlei Beschränkungen, z. B. bei prodigis, Unmündigen und Verschwendern

c) L. 7. §. 5. D. h. t. (2. 14.). l. 13. cod. eod. (2. 3.).

ein. Was II. den **Gegenſtand des Vertrags** betrifft, ſo muß dieſer ſowohl phyſiſch als moraliſch oder rechtlich möglich ſeyn. Iſt der Gegenſtand unmöglich, ſo erzeugt der Vertrag keine Obligation, vorausgeſetzt, daß die Unmöglichkeit eine objective iſt. *a*) Was III. die **Einwilligung** betrifft, ſo muß dieſe beiderſeits frei und wirklich ſeyn (§. 129). Dazu gehört *b*): A. **Abweſenheit des Zwangs**, welcher, ſo weit er wirkſam iſt, die Obligation durch exceptio vernichtet, gleichviel ob derſelbe von einem der Contrahenten oder von einem Dritten herrührt. B. **Abweſenheit des Betrugs**, welcher ebenfalls, ſo weit er wirkſam iſt, aber nur, wenn er von einem der Contrahenten herrührt, den Vertrag durch exceptio vernichtet *c*). C. **Abweſenheit des Irrthums**. Betrifft 1) der Irrthum den Gegenſtand des Vertrags, ſo macht ein weſentlicher Irrthum den Vertrag ipso jure ungültig *d*); der auſſerweſentliche hebt den Vertrag an ſich nicht auf, wenn nicht etwa die Grundſätze über Betrug Anwendung finden. 2) Der Irrthum in den Beweggründen ſchadet an ſich in der Regel dem Vertrag nie *e*). D) **Ernſtliche Einwilligung**. Haben die Contrahenten den Vertrag bloß zum Schein abgeſchloſſen (simulatio), ſo entſcheidet nur der wahre Wille derſelben. War dieſer gar nicht auf ernſtliche Abſchließung eines Vertrags gerichtet, ſo exiſtirt gar kein Vertrag *f*); ſollte durch

---

a) L. 182. 185. D. de R. J. (50. 17.). §. 1. Inst. de inut. stip. (3. 19. [20]). — L. 35. pr. l. 137. §. 5. D. de V. O. (45. 1.).

b) §. 1. Inst. de exc. (4. 13.).

c) Sowohl beim Zwang als beim dolus unterſcheidet man jetzt einen causam dans und einen incidens. Gegenſeitiger Betrug hebt allen Anſpruch auf. l. 36. D. de dolo malo (4. 3.).

d) z. B. error in corpore, in substantia, in der Quantität. L. 9. 11. §. 1. l. 14. l. 10. 38. D. de contr. empt. (18. 1.). §. 23. Inst. de inut. stip. (3. 19. [20]). l. 57. D. de O. et A. (44. 7.).

e) L. 52. 65. §. 2. D. de cond. indeb. (12. 6.). Ueber eine Ausnahme: L. 5. §. 1. D. de act. E. et V. (19. 1.). l. 51. pr. §. 1. D. de pact. (2. 14.).

f) L. 54. D. de O. et A. (44. 7.).

den Scheinvertrag ein anderer verdeckt werden, so gilt bloß der verdeckte; contrahirt eine Person zum Scheine für eine andere, so existirt nur für die verdeckte Person der Vertrag, wenn überhaupt nach der Natur des Vertrags Repräsentation möglich war. Was IV. die Form der Verträge betrifft, so ist hier (vergl. §. 230) nur zu erwähnen, daß nach Justinians Vorschrift für den Fall, wenn die Contrahenten eine schriftliche Form des Vertrags gewählt haben, der Vertrag im Zweifel erst von Vollendung der Scriptur an gelten soll. *g*)

D. Wirkungen der Verträge.

§. 232.

Die Wirkungen der Verträge sind in der Regel auf die Person der Contrahenten beschränkt, und hängen von der Natur eines jeden einzelnen Vertrags ab. Allgemeine Grundsätze lassen sich nur über unerlaubte Verträge und über die Nebenbestimmungen aufstellen. I. Wenn der Gegenstand des Vertrags etwas Schändliches, Unrechtliches oder Unsittliches enthält, so wird er angesehen, als ob er physisch unmöglich sey *a*). Wird ein in den Gesetzen verbotener Vertrag abgeschlossen, so ist er als nicht geschlossen zu betrachten *b*). Sind aber die Gesetze nicht verbietend oder gebietend, sondern bloß in subsidium normirend, so ist der Vertrag, wenn er auch etwas von der allgemeinen Regel Abweichendes bestimmt, gültig *c*). II. Ist dem Vertrag eine Bedingung hinzugefügt, so gelten die allgemeinen Grundsätze (§. 133); eine physisch unmögliche Bedingung macht als affirmative den Vertrag ungültig und wird, wenn sie negativ gefaßt ist, als nicht hinzugefügt angesehen. Sind rechtlich oder moralisch unmögliche

---

g) L. 17. cod. de fid. instr. (4. 21.). pr. Inst. de E. et V. (3. 23. [24]).

a) L. 15. D. de condit. instit. (28. 7.). Beispiele enthalten: l. 26. 27. pr. l. 123. 137. §. 6. D. de V. O. (45. 1.). l. 27. §. 4. D. de pact. (2. 14.).

b) L. 7. §. 16. D. de pact. (2. 14.).

c) Z. B. l. 31. D. de pact. (2. 14.).

Handlungen Inhalt der Bedingung, so vernichten sie den Vertrag nicht, wenn Handlungen Dritter zur Bedingung gemacht sind, oder Jemand auf den Fall, daß er eine solche Handlung vornehmen würde, etwas zu leisten verspricht; in allen andern Fällen ist der Vertrag nichtig. Ist die Bedingung der Willkühr des Schuldners überlassen, so existirt kein Vertrag *d*). Ist ein Vertrag ex die geschlossen, so existirt die Obligation sogleich, die Erfüllung ist aber hinausgeschoben; indessen kann der Schuldner auch vor Eintritt des Tages erfüllen, wenn es dem Gläubiger nicht unbequem ist. Ist ein Vertrag ad diem geschlossen, so wird mit Eintritt desselben der Schuldner per exceptionem von der Obligation frei *e*). Ist dem Vertrag ein modus beigefügt, so muß dieser, wenn er möglich ist, erfüllt werden, ausgenommen wenn der mit demselben Belastete allein bei der Erfüllung interessirt ist. Ist er unmöglich, so wird er als nicht hinzugefügt angesehen *f*).

E. Bestärkungsmittel der Verträge.

§. 233.

Als Bestärkungsmittel der Verträge kommen vor 1) die *arrha* (Handgeld, Angeld). Sie wird gegeben als Zeichen des abgeschlossenen Vertrags *a*). Darum fällt sie nach Erfüllung der Obligation, oder was derselben gleich steht, in der Regel *b*)

---

d) §. 11. Inst. de inutil. stipul. (3. 19. [20]). l. 31. D. de O. et A. (44. 7.). l. 7. §. 3. l. 50. D. de pact. (2. 14.). l. 121. §. 1. l. 17. D. de V. O. (45. 1.). l. 7. pr. D. de contr. empt. (18. 1.).

e) §. 2. Inst. de V. O. (3. 15. [16]). l. 41. D. eod. (45. 1.) l. 41. pr. D. de contr. empt. (18. 1.). l. 13. §. 2. D. de don. int. V. et U. (24. 1.).

f) L. 8. cod. de cond. ob. caus. dat. (4. 6.).

a) Pr. Inst. de E. et V. (3. 23. [24.]). l. 35. pr. D. de contr. empt. (18. 1.).

b) Ausnahmen in pr. Inst. cit., und l. 6. pr. l. 8. D. de lege commis. (18. 3.). Daher die sg. arrha pacto imperfecto data poenitentiaria.

zurück, oder wird abgerechnet *c*). 2) Die Conventionalstrafe, d. h. die Nebenberedung, wodurch eine besondere Leistung bestimmt wird, wenn der Schuldner die Obligation nicht oder nicht gehörig erfülle. Erfüllt der Schuldner nicht, so kann im Zweifel *d*) nur die Conventionalstrafe oder die Erfüllung gefordert werden. Indessen kommt es auf die Wortfassung im einzelnen Falle an *e*). Wird die Erfüllung absolut unmöglich, so fällt die Forderung der Conventionalstrafe weg *f*). 3) Der promissorische Eid. Dieser hat jedoch nach römischem Rechte nur in einem Falle *g*) obligatorische Kraft.

II. Entstehung der Obligationen aus Delicten.

Caj. III, 182. *Inst.* IV, 1. De obligat., quae ex del. nasc. *Dig.* XLVII, 1. De priv. del. *Inst.* IV, 8. De noxalib. action.

§. 234.

Unerlaubte Handlungen, welche eine Obligation erzeugen, deren Inhalt in dem Ersatze des durch die Rechtsverletzung erzeugten Schadens, und in einer außerdem zu leidenden Strafe besteht, heißen im Allgemeinen Vergehen. Wird die Strafe vom Staate gefordert, so heißt die Handlung insbesondere öffentliches Verbrechen; wird die Strafe von dem Verletzten gefordert, so heißt sie insbesondere Privatvergehen. Von diesen Privatvergehen sind im römischen Rechte vier besonders hervorgehoben, welche eine auch schon im alten jus civile anerkannte Obligation erzeugen. Diese heißen insbesondere maleficia oder delicta; die übrigen Privatvergehen sind zwar in ihrer Natur diesen Delicten ganz gleich, sie waren aber im alten jus civile nicht

---

c) L. 8. D. cit. l. 5. §. 15. D. de inst. act. (14. 3.). l. 11. §. 6. D. de act. E. et V. (19. 1.).

d) L. 4. §. 7. D. de dol. exc. (44. 4.).

e) L. 44. §. 5. D. de O. et A. (44. 7.).

f) L. 23. D. eod.

g) L. 7. pr. §. 1 — 3. D. de oper. libert. (38. 1.). l. 36. D. de manum. testam. (40. 4.). Die Regel siehe in l. 7. §. 16. D. de pact. (2. 14.).

besonders hervorgehoben, und verhalten sich daher zu den Delicten, wie die pacta zu den contractus. Die Eigenthümlichkeiten der Obligationen aus Vergehen bestehen hauptsächlich in folgenden: 1) Wenn Mehrere zu der Rechtsverletzung mitgewirkt haben, so entsteht immer eine in solidum obligatio, nur mit dem Unterschiede, daß die Obligation auf Strafe durch die Leistung des Einen für die Uebrigen nicht aufhört, während dieß bei der Obligation auf Schadensersatz der Fall ist. 2) In Beziehung auf die per universitatem successio unterscheiden sich diese Obligationen von den vertragsmäßigen dadurch, daß sie nicht unbedingt auf den Successor des Schuldners übergehen; die Obligation auf Strafe nämlich nur dann, wenn Litiscontestation stattgefunden hat, die Obligation auf Schadensersatz, wenn und insoweit der Successor durch die Rechtsverletzung bereichert ist *a*). 3) Diese Obligationen bildeten ohne Unterschied, ob sie auf Schadensersatz oder Strafe gehen, eine Ausnahme von der Regel, daß der Sclave und Sohn den Herrn und Vater nicht zum Schuldner machen könne, indem der Herr oder Vater für die Vergehen des Sclaven oder Sohns in Anspruch genommen werden konnte. Die gegen den Herrn oder Vater gerichtete Klage, welche noxalis actio heißt, ist eine sg. actio adjectitiae qualitatis. Jedoch kann sich auch noch nach neuerem Rechte *b*) wenigstens der Herr von seiner Verpflichtung befreien, wenn er den Sclaven dem Verletzten preis giebt (noxae dare, noxae deditio) (§. 300). Wegen der Delicte der Kinder haftet im neuesten Rechte der Vater gar nicht.

---

a) L. 44. D. de R. J. (50. 17.). Der Uebergang auf den Successor des Gläubigers dagegen findet in der Regel statt, und zwar ohne Unterschied zwischen der Obligation auf Schadensersatz oder jener auf Privatstrafe. Ueber die Ausnahmen vergl. §. 1. Inst. de perp. et temp. act. (4. 12.) mit l. 4. D. de calumn. (3. 6.). l. 9. D. de religios. (11. 7.). l. 13. pr. D. de injur. (47. 10.).

b) Ueber das ältere Recht siehe Hugo R. G. S. 126. 321 f. 493 f. 638. 655. 915. Schweppe R. G. §. 348. 377. Zimmern R. G. §. 191.

III. Entstehung der Obligationen ex variis causarum figuris.

Inst. III, 27. (28). De obligat., quae quasi ex contr. nasc. IV, 5. De obligat., quae quasi ex del. nasc.

§. 235.

Diese Entstehungsgründe der Obligationen haben nur das Gemeinschaftliche, daß ein obligatorisches Verhältniß wie ein vertragsmäßiges oder wie eine obligatio ex maleficio behandelt wird, ohne weder das Eine noch das Andere zu seyn (quasi ex contractu, quasi ex maleficio).

Viertes Capitel.

Ende der Obligation.

Caj. III, 168. seq. *Inst.* III, 29. (30.). Quib. mod. obl. tollitur.

Einleitung.

§. 236.

Ihrem Hauptinhalt gemäß (§. 211) hat die Obligation überhaupt ein vergängliches Daseyn. Da sie indessen unter verschiedenen Graden der Wirksamkeit gedacht wird (§. 208. 209), so kann auch das Ende der Obligation entweder so eintreten, daß sie ganz zu existiren aufhört, oder so, daß nur eine bestimmte Art ihrer Wirksamkeit wegfällt. Daher muß das Ende der Obligation betrachtet werden, 1) inwiefern sie ganz aufhört, also sowohl ihr civiler als ihr naturaler Bestandtheil, und in diesem Falle, inwiefern solches ipso jure stattfindet, inwiefern per exceptionem; und 2) inwiefern nur ihr civiler Bestandtheil aufhört, nicht aber ihr naturaler, in welchem Falle das Ende der Obligation immer nur per exceptionem behauptet werden kann.

I. Ende der Obligation in allen ihren Wirkungen.

A. Ipso jure.

1. Solutio.

Pr. Inst. h. t. *Dig.* XLVI, 3. *Cod.* VIII, 43. De solutionibus et liberationibus.

§. 237.

Solutio ist ursprünglich und eigentlich gleich liberatio der bildliche Gegensatz von obligatio als Begebenheit, also die Auflösung des Bandes, welches durch die obligatio geschlungen wird (§. 207). Im engern Sinne ist solutio die Auflösung der Obligation durch Erfüllung, also mehr als Zahlung, welches der Sprachgebrauch nur von Erfüllung der Geldschulden versteht. — Die Erforderniſſe der Erfüllung im Allgemeinen sind schon bei Gelegenheit des Gegenstands und des Inhalts der Obligation erörtert (§. 210. 211.). Die Wirkung besteht in der Aufhebung der Obligation ipso jure. Den Beweis der behaupteten Erfüllung hat der Schuldner zu führen. Dabei gelten alle Arten von Beweismitteln; die Zurückgabe des Schuldscheines, so wie die Vernichtung desselben durch den Gläubiger, begründet nur eine Vermuthung für die geschehene Zahlung *a*). Eine Quittung des Gläubigers (apochae) beweis't vollständig, aber, wenn sie nicht von einer öffentlichen Behörde ausgestellt ist, erst nach dreißig Tagen, weßhalb vor Ablauf dieser Frist von dem Gläubiger der Quittung immer noch die non numeratae pecuniae exceptio entgegengestellt und auf ihre Herausgabe geklagt werden kann. Will der Schuldner gegen den den Schuldschein noch besitzenden Gläubiger den Beweis der geschehenen Zahlung durch Zeugen führen, so hat er dazu fünf nothwendig *b*). Weigert sich der Gläubiger, die gehörig angebotene Erfüllung anzunehmen, so kann an die Stelle der Erfüllung wohl auch bloße oblatio und gerichtliche Deposition treten *c*).

---

a) L. 14. 15. cod. h. t. L. 24. D. de probat. (22. 3.).

b) L. 14. §. 2. cod. de non num. pec. (4. 30.). l. 18. cod. de test. (4. 20.). *Nov.* 90. c. 2.

c) L. 9. 19. cod. de usur. (4. 32.). l. 9. cod. h. t. (8. 43.).

2. Novatio.

Caj. III, 176—179. *Paul.* V, 8. §. 3. Inst. h. t. und Theophil. ibid. *Dig.* XLVI, 2. *Cod.* VIII, 42. De novatt. et delegatt.

§. 238.

Die novatio ist im Justinianischen Rechte die Aufhebung einer Obligation und Substituirung einer andern durch stipulatio. Das Haupterforderniß ist, daß die alte Obligation wenigstens als naturalis wirksam sey. Dabei ist es gleichgültig, ob bei der stipulatio die nämlichen Personen Subjecte der neuen Obligation werden, welche es in der alten waren, oder nicht. Daher erscheint die novatio als Surrogat der Uebertragung der Obligation auf andere Subjecte (§. 224). Die übrigen Erfordernisse sind der animus novandi und die Einwilligung der Subjecte sowohl der alten als der neuen Obligation. 1) Ist der animus novandi nicht ausdrücklich erklärt, und kann er aus den Umständen nicht geschlossen werden, so wird er nicht vermuthet, sondern es stehen zwei gleich gültige Obligationen neben einander. 2) Der Gläubiger in der alten Obligation, und unter mehreren credendi rei wenigstens Einer, muß nothwendig einwilligen *a*). Aber der Schuldner in der alten Obligation braucht nicht nothwendig einzuwilligen, wenn ein Anderer seine Schuld durch Novation übernimmt, er wird selbst wider seinen Willen von der Schuld befreit, und eine solche Novation ohne Rücksicht auf die Einwilligung des alten Schuldners heißt insbesondere *expromissio*. Ueberträgt aber in der Novation der alte Schuldner seine Verpflichtung auf einen Dritten, so heißt diese Art der novatio insbesondere *delegatio b*). — Ist die neue stipulatio in sich ungültig, so tritt nicht nur keine neue Obligation an die Stelle der alten, sondern die letztere ist auch aufgehoben. — In allen diesen Fällen der novatio erlischt die alte Obligation ipso jure.

---

a) Der solutionis causa adjectus braucht nicht einzuwilligen, denn er ist nicht in obligatione, sondern in solutione l. 10. 25. D. h. t.

b) Aber auch die Substituirung eines neuen Gläubigers heißt delegatio. Diese unterscheidet sich wesentlich von der cessio, l. 8. cod. h. t. l. 2. cod. de O. et A. (4. 10.).

3. Accepti latio und mutuus dissensus.

Caj. III, 169—172. §. 1. Inst. h. t. *Dig.* XLVI, 4. *Cod.* VIII, 44. De acceptilation. §. 4. Inst. h. t. *Dig.* XVIII, 5. De rescind. vend. et quando lic. ab empt. disced. *Cod.* IV, 5. Quando lic. ab empt. disced. —

§. 239.

In der Regel kann jedes obligatorische Verhältniß auf dieselbe Weise wieder aufgehoben werden, wie es entstanden ist *a*). Eine Anwendung dieser Regel ist die accepti latio, d. h. die Aufhebung einer durch Stipulation gegründeten Obligation durch eine umgekehrte Stipulation. Hierdurch erlischt die Obligation ipso jure. Jedoch kann die Acceptilation zur Erleichterung des Beweises der geschehenen Erfüllung mit dieser verbunden werden. — Eben so können consensu contractae obligationes durch bloßen Consens wieder aufgehoben werden (mutuus dissensus, contrarius consensus). Nur bei der re contracta obligatio und der obligatio ex delicto läßt sich diese Aufhebung an sich nicht denken. Indessen können diese Obligationen durch novatio in eine verborum obligatio umgewandelt und diese dann durch accepti latio getilgt werden. — Durch Acceptilation können übrigens auch mehrere und verschiedenartige Obligationen zwischen den nämlichen Subjecten auf einmal getilgt werden, insofern man durch eine von Aquilius Gallus erfundene Formel der Stipulation (Aquiliana stipulatio) alle diese Obligationen in eine einzige novirt, und dann die eine durch novatio entstandene Obligation mittelst Acceptilation aufhebt.

4. Confusio.

§. 240.

Werden Gläubiger und Schuldner eine und dieselbe Person, so erlischt die Obligation ipso jure (confusio) *a*). Dasselbe

a) L. 35. D. de R. J. (50. 17.).

a) L. 95. §. 2. D. de solut. (46. 3.). Tritt zwischen dem accessorisch Verpflichteten und dem Gläubiger confusio ein, so erlischt nur die accessorische Verpflichtung. L. 43. eod.

findet statt, wenn die Hauptschuld mit der Nebenschuld zusammenfällt, vorausgesetzt jedoch, daß daraus dem Gläubiger kein Nachtheil erwächst *b*).

5. Aufkündigung.

§. 241.

Aufkündigung (renunciatio) *a*) ist einseitiger Rücktritt des Gläubigers oder Schuldners von einer bestehenden Obligation. In der Regel kann sie nur da stattfinden, wo sie ausdrücklich bedungen ist, und veränderte Umstände berechtigen nicht dazu. Doch giebt es Obligationen, welche in einem fortwährenden Leisten und Gegenleisten bestehen, bei denen ausnahmsweise eine Aufkündigung erlaubt ist, aber auch hier nur deßhalb, weil sie als stillschweigend bedungen angesehen wird. Bei andern Obligationen liegt ihre Möglichkeit in der Natur des Geschäfts. —

6. Tod des einen Theils, und Untergang des Gegenstandes der Obligation.

§. 242.

Ist die Obligation auf die Person des Gläubigers oder des Schuldners der Art eingeschränkt, daß sie nicht vererbt werden kann, so hört sie mit dem Tode der Person ipso jure auf *a*). Eben so erlischt die Obligation ipso jure, wenn ihr Gegenstand in dem Geben einer bestimmten Species besteht, und diese Species durch Zufall ganz zu Grunde geht *b*).

B. Per exceptionem.

§. 243.

Es gehört hierher: I. *Compensatio a*). Ist eine Person einer andern eine Quantität sg. fungibler Sachen schuldig,

---

b) L. 93. §. 2. 3. l. 95. §. 3. eod.

a) L. 5. cod. de O. et A. (4. 10.).

a) L. 6. l. 9. §. 1. D. de oper. libert. (38. 1.). l. 31. D. de solut. (46. 3.). Vergl. §. 374.

b) L. 23. D. de V. O. (45. 1.).

a) *Caj.* IV, 61. *Paul.* II, 5. §. 3. §. 30. 39. Inst. de act. (4. 6.). *Dig.* XVI, 2. *Cod.* IV, 31. De compensationibus.

so erlischt diese Obligation, wenn in einer andern die nämlichen Personen umgekehrt als Gläubiger und Schuldner in der Art vorkommen, daß die Forderung auf eine Quantität gleichartiger fungibler Sachen gerichtet ist, und zwar so weit, als die Quantitäten in beiden Obligationen gleich sind. Beide Obligationen müssen unbedingt, fällig, liquid *b*) und wirksam seyn, aber gleiche Wirksamkeit ist nicht nothwendig; es kann vielmehr auch eine naturalis obligatio mit einer civilis compensirt werden. Gegen gewisse Forderungen des Fiscus und der Städte findet ausnahmsweise keine Compensation statt, und eben so gegen die obligatio, welche aus einem Depositum entstanden ist *c*). — Durch Compensation hört auch im Justinianischen Rechte die Obligation nicht ipso jure, sondern nur per exceptionem auf. Eine Folge davon ist, daß die absichtlich nicht vorgeschützte Compensation der Obligation nicht schadet *d*). Hat jedoch der Schuldner in der einen Obligation nicht compensirt, weil er seine Forderung in der andern nicht kannte, so kann er die indebiti condictio anstellen. — II. Ist der Obligation als Nebenbestimmung eine conditio, sub qua resolvitur, oder ein Endtermin (sg. dies ad quem) hinzugefügt, so erlischt sie durch Eintritt beider per exceptionem *e*). — III. Beruht die Forderung des Gläubigers auf einer causa lucrativa, und erwirbt er dieselbe Sache, welche den Gegenstand seiner Forderung ausmacht, vor Erfüllung der Obligation auf andere Weise, aber ebenfalls aus einer causa lucrativa, so erlischt seine Forderung per exceptionem (sg. concursus causarum lucrativarum) *f*). — IV. Ein bloßes pactum de non petendo, welches wohl von dem mutuus dissensus (§. 239) zu unterscheiden ist, hebt die

b) Die Liquidität besteht hier darin, daß die Feststellung der Forderung nicht einen dem Gegner nachtheiligen, unbilligen Aufschub bewirkt, wobei es vorzüglich auf die Proceßart ankommt.

c) L. 11. pr. C. depositi (4. 34.).

d) L. 1. §. 4. D. de contrar. tut. act. (27. 4.).

e) L. 44. §. 1. 2. D. de O. et A. (44. 7.). §. 3. Inst. de V. O. (3. 15. [16.]).

f) L. 17. D. de O. et A. (44. 7). l. 83. §. 6. D. de V. O. (45. 1).

Schuld per exceptionem auf. Nur Obligationen aus gewissen Delicten (furtum und injuriae) sind dahin begünstigt, daß sie durch solchen Vertrag ipso jure aufhören *g*). — Es versteht sich von selbst, daß der Nachlaßvertrag in der Regel nicht erzwungen werden kann. Das Justinianische Recht kennt jedoch eine Ausnahme in dem Falle, wenn der Erbe eines insolventen Schuldners dessen Erbschaft nur antreten will, im Falle sich die Gläubiger zu einem Nachlasse verstehen. In diesem Fall entscheidet die nach der Summe der Forderungen zu bestimmende Majorität der Gläubiger, der auch die auf die Berufung nicht Erschienenen beigezählt werden; die Minorität muß sich den Nachlaß gefallen lassen. Pfandgläubiger trifft indessen diese Ausnahme nicht. *h*). — V. Beschwört der Schuldner das Nichtvorhandenseyn der Schuld, wenn ihm der Gläubiger den Eid zugeschoben hat, so vernichtet dieser Eid die dennoch existirende Obligation per exceptionem. *i*).

II. Ende der civilis obligatio salva naturali.

§. 244.

Es gehört hierher Klagenverjährung und rechtskräftiges Urtheil. A) Die Verjährung der aus der Obligation entstandenen Klage hebt die Obligation per exceptionem, aber in der Art auf, daß ihr naturaler Bestandtheil (die naturalis obligatio) fortdauert *a*) (§. 126). B) Ist der Gläubiger durch rechtskräftiges Urtheil mit seiner Klage aus der Obligation abgewiesen, so wird dadurch die Obligation mit ihren Accessionen per exceptionem aufgehoben, aber in der Art, daß eine Wirkung der naturalis obligatio noch fortdauert, nämlich die soluti retentio; zur Compensation eignet sich aber die Obligation nicht mehr *b*).

g) L. 2. §. 1. l. 17. §. 1. D. de pactis (2. 14.).

h) L. 7. §. 17. 19. l. 8—10. pr. D. de pactis (2. 14.).

i) *Paul.* II. 1. §. 4. Inst. de except. (4. 13.)

a) Vgl. l. 5. C. de except. (8. 36.).

b) §. 5. Inst. de exc. (4. 13). l. 60. pr. l. 28. D. de cond. indeb. (12. 6.). l. 2. C. de compensat. (4. 31.).

Zweiter Abschnitt.
Einzelne Obligationen.

Erstes Capitel.
Obligationen aus Verträgen.
Erster Titel.
Re contractae obligationes.
Einleitung und Uebersicht.

§. 245.

Die Verträge, welche zu den Contracten gerechnet werden, weil mit ihrem Abschlusse sofort die Leistung verbunden seyn muß, damit sie perfect seyen, und die man deßhalb jetzt bezeichnend Realcontracte nennt, unterscheiden sich in zwei Classen. Die eine Classe nennt man jetzt die benannten Realcontracte (sg. contractus reales nominati), weil sie eigne Namen haben und eine nach diesem Namen bezeichnete Klage erzeugen. Diese benannten Verträge haben das Gemeinschaftliche, daß die daraus entstandene Obligation auf ein Zurückgeben Dessen gerichtet ist, was der Schuldner erhalten hat, entweder zu seinem Gebrauche, wobei es aber nicht darauf ankommt, ob er diesen wirklich davon macht oder nicht, oder lediglich zum Vortheile des Gläubigers, wobei aber auch eine Verstattung des Gebrauchs auf Seiten des Schuldners nicht ausgeschlossen ist. Die zweite Classe der Realcontracte, welche man nur auf gewisse Gattungen zurückführen kann, und die man jetzt unbenannte Realcontracte (sg. contractus reales innominati) nennt, weil die Römer ihnen keine eignen Namen gegeben haben und die aus ihnen entstehende Klage bloß praescriptis verbis s. in factum actio ist, unterscheidet sich wesentlich von der ersten dadurch, daß alle möglicherweise dazu gehörenden Verträge zweiseitige sind, und daß bei ihnen ein sonst nicht vorkommendes Recht der Reue (das sg. jus poenitendi) gilt. — Der benannten Realcontracte giebt es vier: Mutui datio, commodatum, depositum, pignus.

I. Benannte Realcontracte.

Paul. II, 4. 5. *Inst.* III, 14. (15.). Quib. modis re contrahit. obl..

A. Commodatum.

Dig. XIII, 6. Commodati vel contra. *Cod.* IV, 23. De commodato.

§. 246.

Das Commodat ist die Hingabe einer Sache an Jemanden zum unentgeldlichen *a*) Gebrauche derselben und unter der Verpflichtung zur speciellen Zurückgabe derselben Sache. Die Sache kann sowohl eine bewegliche als unbewegliche, sowohl eine fremde als eigne Sache des Gebers, nur nicht eine Sache des Empfängers seyn. 1) Der Empfänger (sg. commodatarius), welcher durch diesen Contract weder Eigenthum noch possessio erhält, sondern bloße Detention zum gehörigen, dem besondern Zwecke des Commodats angemessenen Gebrauche *b*), haftet deßhalb nicht für casus, sondern in der Regel nur für dolus und culpa und ist zur custodia verpflichtet. Gereicht das Commodat ausnahmsweise nur zum Vortheil des Gebers, so haftet der Empfänger bloß für lata culpa; erwartet sowohl der Geber als der Empfänger von dem Commodat Vortheil, so haftet Letzterer für levis culpa, wird aber von derselben absolvirt, wenn er nachweis't, daß er die Sorgfalt angewendet habe, welche er auch in seinen eigenen Geschäften zu beweisen pflege. Wegen dieser Verpflichtungen findet gegen ihn die commodati actio, und zwar die directa (§. 119. 210.) statt. 2) Der Geber (commodans, commodator) hat in der Regel gar keinen Vortheil aus dem Vertrag und deßhalb auch, ausser zur Prästation des dolus und der lata culpa, keine Verpflichtungen. Kommen solche ausnahmsweise vor, z. B. weil der Empfänger einigermaßen ungewöhnliche Verwendungen auf die Sache machen

---

a) Eine Erkenntlichkeit (honorarium) macht das Geschäft nicht zur Miethe.

b) Macht der Empfänger einen andern als den verabredeten Gebrauch von der Sache, so begeht er ein furtum. §. 6. 7. Inst. de obl. quae. ex del. (4. 1.).

mußte, so findet gegen ihn die commodati actio als contraria statt. — Die Obligation hört auf durch gehörige Zurückgabe der Sache, welche sich nach der im Voraus bestimmten Zeit, sonst aber nach dem Bedürfnisse des Gebrauchs, zu welchem der Vertrag abgeschlossen ist, richtet. —

B. Mutui datio.

Caj. III, 90. pr. Inst. h. t. *Dig.* XII, 1. *Cod.* IV, 1. De reb. credit. 2. Si certum petatur. *Paul.* II, 10. §. 7. Inst. quod cum eo qui in al. pot. (4. 7.) und Theophil ibid. *Dig.* XIV, 6. De SCto. Macedoniano.

§. 247.

Das Darlehn (mutui datio, res credita, res certa — besonders pecunia certa credita) ist die Hingabe von Sachen an Jemanden unter der Verpflichtung, Sachen von derselben Gattung und in der nämlichen Quantität zurückzugeben. Da in diesem Contract die Sachen immer vertretbar sind, so erhält der Empfänger, wenn der Geber Eigenthümer war, immer sogleich, wenn der Geber nicht Eigenthümer war, erst dann Eigenthum *a*), wenn die Sachen bei ihm ihre Erkennbarkeit, vorausgesetzt, daß er sich in gutem Glauben befand *b*), verloren haben, oder eine Ersitzung eingetreten ist. Bei diesem Contract ist Unentgeltlichkeit nicht wesentlich, vielmehr kommen oft Zinsen vor. Sollen diese aber verabredet werden, so erfordert Dieß bei Geld eine eigne Stipulation; bei andern Sachen genügt ein sg. pactum adjectum. *c*). 1) Der Geber (creditor, mutuo dans, zuweilen auch mutuans) muß veräusserungsfähig, und es darf ihm insbesondere die Eingehung dieses Vertrags nicht untersagt seyn *d*). 2) Der Empfänger (debitor, zuweilen auch mutuans)

a) Daher die etymologische Erklärung von mutuum in l. 2. §. 2. D. h. t. „quod de meo tuum fit."

b) Denn weiß er, daß der Geber nicht Eigenthümer war, so ist gar keine Obligation contrahirt, und der Empfänger haftet als sg. fictus possessor.

c) Denn das Gelddarlehn ist stricti juris, das Darlehn anderer Sachen bonae fidei. §. 254 not. c.

d) Z. B. l. 33. 34. D. h. t. (12. 1.). l. 3. eod. h. t. (4. 2.).

muß sich nicht nur überhaupt verpflichten können, sondern es muß ihm auch die Eingehung dieses Contracts nicht besonders verboten seyn. Dieß ist aber in Bezug auf Gelddarlehn, aber auf dieses allein, beim filius familias der Fall. Nach dem Senatusconsultum Macedonianum ist die Obligation aus einem Gelddarlehn an den bei Empfang des Geldes noch in väterlicher Gewalt stehenden Sohn, wenn sie nicht mit Wissen oder ohne Widerspruch des Vaters contrahirt wird, per exceptionem, aber salva naturali obligatione, ungültig (§. 210. not. e.). — 3) Die Verbindlichkeiten a) des Empfängers bestehen in der Rückgabe des Empfangenen, wenn die Zeit, für welche es gegeben worden, vorbei, oder die Obligation gekündigt ist. Daher findet gegen ihn die mutui actio oder die certi condictio (ex mutuo) statt. b) Der Geber kann aus diesem Contract selbst nicht einmal zufällig verpflichtet werden, daher auch eine contraria actio nicht, wohl aber eine Klage ex delicto stattfinden kann.

C. Depositum.

Caj. III, 207. *Paul.* II, 12. §. 3. Inst. h. t. *Dig.* XVI, 3. *Cod.* IV, 34. Depositi vel contra.

§. 248.

Depositum, die Hinterlegung, ist die Hingabe einer Sache an Jemanden, gewöhnlich zu deren Sicherheit, unter der Verpflichtung, dieselbe Sache in specie unversehrt zurückzugeben. Eine eigentliche Vergeltung für die Aufbewahrung ist ausgeschlossen, nicht aber eine Erkenntlichkeit. Gegenstand des Depositums, welches nur Detention überträgt, können alle Arten von beweglichen Sachen seyn. Der Geber (deponens, depositor, wohl auch depositarius) muß nicht und der Empfänger (apud quem res deposita est, bei den Römern zuweilen, jetzt immer depositarius) darf nicht Eigenthümer seyn. Die Verbindlichkeiten 1) des Empfängers bestehen darin, daß er die Sache nach Ablauf der Zeit, für welche sie deponirt ist, oder auf seine oder des Gläubigers Kündigung, welche durch Vertrag gar nicht beschränkt werden kann, in specie heraus-

geben muß, sammt dem Erwerbe, den er durch die Sache gemacht hat, zuweilen auch mit Zinsen. Läugnet er arglistig den Empfang, wenn sich das Depositum auf ein Unglück gründet, dem der Gläubiger die Sache entziehen wollte (sg. depositum miserabile), so erlegt er zur Strafe den doppelten Werth. Sonst haftet er in der Regel, wenn das Depositum nicht die Natur eines andern Vertrags annimmt *a*), nur für dolus und lata culpa. Hat er sich jedoch aufgedrängt, oder ist im Vertrage etwas Anderes bestimmt, oder bringt das Depositum dem Empfänger Vortheil, so haftet dieser ausnahmsweise auch für levis culpa. Wegen dieser Verpflichtungen findet gegen ihn die depositi actio, und zwar als directa statt. Die Condemnation in diesem Proceß macht den Empfänger infam. 2) An sich ist der Geber durch das Depositum nicht verpflichtet. Wird er es zufällig, z. B. wegen gemachter Auslagen, oder dem Empfänger aus dem Geschäfte erwachsenen Schadens, so findet gegen ihn die depositi actio als contraria statt. — Häufig, aber nicht nothwendig, ist die sequestratio, d. h. die übertragene Aufbewahrung einer fremden Sache oder wohl auch Person bis gewisse Puncte im Reinen sind, namentlich bis ein Proceß entschieden ist, eine Art des Depositums. Gegen den Empfänger (sequester) findet in diesem Falle die depositi sequestraria actio statt *b*).

D. Pignus.

§. 4. Inst. h. t. *Dig.* XIII, 7. De pignoratitia actione, vel contra. *Cod.* IV, 24. De pignor. act.

§. 249.

Pignus (Pfandcontract, auch wohl contractus pig-

---

a) Ueber die Hinterlegung unversiegelten Geldes insbesondere siehe: 1) l. 9. §. 9. D. de R. C. (12. 1.). l. 34. pr. D. mandat. (17. 1.). verb. „nec huic — tui fiunt.“ 2) l. 1. §. 34. D. h. t. l. 10. D. de R. C. (12. 1.). In beiden Fällen wird das Depositum zur mutui datio. 3) l. 25. §. 1. D. h. t. Diesen Fall nennt man jetzt depositum irregulare.

b) L. 110. D. de V. S. (50. 16.). l. 5. §. 1. l. 12. §. 2. l. 17. pr. D. h. t.

noris) ist die Hingabe einer Sache an Jemanden zur Sicherheit einer Forderung auf so lange als die Forderung dauert und unter der Verpflichtung, die Sache in specie zurückzugeben, wenn die Forderung getilgt ist. Durch diese Hingabe, welche zwar im neueren Rechte zugleich ein jus in re auf den Empfänger überträgt (§. 197), aber doch von diesem unabhängig als obligatorischer Act zu betrachten ist, erhält der Empfänger eine wahre possessio, welche er mit Interdicten schützen kann, aber auch nicht Mehr, namentlich nicht das Recht des Gebrauchs und Fruchtgenusses *a*), dieß müßte ihm denn besonders übertragen seyn (§. 203). Auch haftet er für dolus und jede culpa. Wegen dieser Verpflichtungen findet gegen den Empfänger, sobald die Hauptobligation erfüllt ist, die pignoratitia actio als directa statt, deren Verjährung daher auch erst vom Augenblicke der Erfüllung der Obligation zu laufen anfängt. Dagegen steht dem Empfänger wegen zufälliger Verpflichtungen des Gebers und insbesondere wegen dolus und culpa, wohin auch die Hingabe einer fremden Sache, die der Empfänger nicht behalten darf, gehört, die pignoratitia actio als contraria zu.

II. Unbenannte Contracte.

Dig. XIX, 5. De praescriptis verbis, et in fact. act. *Cod.* IV, 64. De rer. permut., et praescr. verb. *Dig.* XII, 4. De condict. causa data, causa non secuta. *Cod.* IV, 6. De condict. ob caus. datorum.

A. Natur derselben.

§. 250.

Der Verträge, welche mit einem Leisten sofort verbunden sind, giebt es natürlich unzählige. Die bisher genannten sind schon früh im römischen Rechte besonders hervorgehoben und haben eigne Namen und Klagen. Alle übrigen Verträge, die durch die Leistung des einen Theiles perfect werden und als Contracte anzusehen sind, lassen sich nach dem Beispiele der römischen Juristen in vier Classen bringen. Da nämlich der

---

a) §. 6. Inst. de obl. quae ex del. (4. 1.).

Gegenstand der Obligation entweder ein dare oder ein facere ist, so entstehen für die unbenannten Realcontracte folgende vier Formen: do ut des, do ut facias, facio ut facias, facio ut des. Ob ein Vertrag unter eine dieser Classen passe, hängt zunächst davon ab, ob er zweiseitig ist, und sodann ob er nicht als Contract schon aus anderm Grunde anerkannt, benannt und mit einer speciell bestimmten Klage versehen ist *a*). Die Klage, welche aus diesen Verträgen entspringt, und auf Erfüllung der Gegenleistung, so wie auf Prästation des dolus und der culpa ganz nach allgemeinen Regeln gerichtet ist, hat den allgemeinen Namen in factum oder praescriptis verbis actio. Eigenthümlich ist es aber, daß diese Verträge noch eine andere Klage erzeugen, welche ihnen zum Theil einen ganz singulären Charakter giebt. Wenn nämlich der Gegentheil die Obligation durch Nichterfüllung verletzt, so hat Derjenige, welcher schon erfüllt hat, die Wahl, ob er auf Erfüllung und Ersatz mit jener allgemeinen Klage klagen will, oder ob er mit einer condictio, welche causa data causa non secuta oder auch ob causam datorum heißt, den ganzen Vertrag rückgängig machen will, indem er das Gegebene zurückfordert, oder, wenn er gehandelt hat, den Gegentheil soweit in Anspruch nimmt, als dieser durch sein Handeln bereichert ist. Aber selbst in dem Falle, wenn der Gegentheil noch gar nicht verletzt hat, oder verletzt haben konnte, kann Derjenige, welcher schon geleistet hat, bloß seiner Willkühr halber ein Recht der Reue üben (sg. jus poenitendi) und mit der erwähnten condictio den ganzen Vertrag rückgängig machen, und nur wenn ein casus dem Gegentheile die Erfüllung unmöglich gemacht hat, muß er ihn entschädigen *b*).

---

a) Ist zwischen mehreren benannten und einem unbenannten Contract Zweifel, so wird der Vertrag als unbenannter Contract behandelt. L. 1—4. 22. 24. D. h. t. (19. 5.). l. 1. pr. D. de aestimatoria (19. 3.).

b) L. 3. §. 2. 3. l. 5. pr. D. h. t. (12. 4.).

B. Beispiele.

§. 251.

Was nun die einzelnen hierher gehörigen Verträge betrifft, so können von denselben der Natur der Sache nach nur Beispiele angeführt werden. I. *Do ut des a*). Dabei sind zwei Fälle möglich. A. Es wird gegeben, damit dieselbe Sache zurückgegeben werde. Unter diese Art fallen natürlich alle jene Verträge nicht, welche eigne Namen haben. Es gehört aber hierher der Fall, wenn Jemanden eine Sache gegeben wird, auf daß er sie taxire und dann zurückgebe *b*), und der sg. Trödelcontract *c*). B. Es wird gegeben, damit eine andere Sache gegeben werde. Hierher gehört z. B. der Tausch, entweder so, daß der Eine die Sache des Andern gebrauche und diesem dafür seine Sache zum Gebrauche überlasse *d*), oder daß Eigenthum für Eigenthum gegeben wird, was die Römer im Resultat permutatio nennen *e*). II. *Do ut facias f*). Hierher gehört z. B. der Fall, wenn andere Sachen als Geld für Dienstleistungen, oder wenn Geld für liberales operae gegeben wird. III. *Facio ut facias g*). Hierher gehört z. B. der Fall, wenn der Eine den Schuldner des Andern mahnt, damit dieser des Erstern Schuldner mahne, wenn der Eine auf des Andern Boden baut, damit dieser auf des Erstern Boden baue. IV. *Facio ut des h*). Hierher gehört z. B. der Fall, wenn ein Hofmann Jemanden eine militia durch sein suffragium verschafft, damit Dieser ihm Etwas dafür gebe.

---

a) L. 5. §. 1. D. h. t. (19. 5.). l. 7. §. 2. D. de pactis (2. 14.).

b) L. 1. §. 5. D. h. t. (19. 5.).

c) *Dig.* XIX, 3. De aestimatoria.

d) L. 17. §. 3. D. h. t. (19. 5.).

e) *Dig.* XIX, 4. De rerum permutatione. *Cod.* IV, 64.

f) L. 5. §. 2. D. h. t. (19. 5.). l. 7. §. 2. D. de pact. (2. 14.).

g) L. 5. §. 4. 5. l. 5. pr. D. h. t. (19. 5.).

h) Freilich ist diese Form von Paulus in l. 5. §. 3. D. h. t. (19. 5.). verworfen. Allein vergl. §. 1. Inst. de locat. (3. 24. [25.]). l. 15. 22. D. eod. *Cod.* IV, 3. De suffragio.

Zweiter Titel.

Consensu contractae obligationes.

Caj. III, 135—138. *Inst.* III, 22. (23). De consensu obligatione.

Einleitung und Uebersicht.

§. 252.

Von der Regel, daß ein bloßes pactum, also ein Vertrag, welcher nicht in eine civile Form eingekleidet war, eine actio nicht erzeuge, wurden schon sehr frühe gewisse Verträge ausgenommen, welche, sobald die allgemeinen Erforderniße jedes Vertrags vorhanden seyen, eine civilis obligatio erzeugen sollten. Dieser Verträge gab es ursprünglich nur vier, die emptio (et) venditio, die locatio (et) conductio, die societas und das mandatum. Erst später kam als eigner Contract noch der emphyteuticarius contractus hinzu. Daß diese Verträge als Contracte jünger sind als die benannten Realcontracte, leidet wohl keinen Zweifel; aber der Grund ihrer Auszeichnung ist schwer auszumitteln. Wahrscheinlich hieng ursprünglich ihre civile Wirkung eben so von der Leistung ab, wie bei den benannten Realcontracten; die Erweiterung des Verkehrs aber und namentlich das Bedürfniß, diese Verträge auch unter Abwesenden möglich zu machen, führte zur Gewohnheit, dieselben durch bloßen consensus perfect werden zu lassen, was dann vielleicht durch ein uns unbekanntes prätorisches Edict bestätigt wurde *a*).

I. Emptio (et) venditio.

Caj. III, 139—141. *Paul.* II, 17. *Fragm. Vat.* 1—40. *Inst.* III, 23. (24.). De empt. et vend. *Dig.* XVIII, 1. De contrah. empt. etc. 4. De hereditate vel. act. vend.. 5. De rescind. vend. etc. 6. De peric. et commodo rei vend.. XIX, 1. De actionib. empti et vend. *Cod.* IV, 38. De contrah. empt. et vend. 39. De hered. vel act. vend.. 44. De rescind. vend.. 45. Quando lic. ab. empt. disced.. 48. De peric. et commod. rei vend.. 49. De act. E. et V. 54. De pact. inter empt. et vend. compos.

§. 253.

Der Kaufcontract ist der Vertrag, wodurch eine

---

a) Vergl. Hugo R. G. S. 627 ff.

körperliche oder unkörperliche Sache gegen einen bestimmten oder bestimmbaren Geldpreis an Jemanden zu übertragen versprochen wird. Die Sache kann sowohl eine gegenwärtige als eine zukünftige seyn, und im letzten Falle kann der Vertrag sowohl so bestimmt werden, daß der Kauf erst mit der Existenz der Sache, als auch so, daß er sofort wirklich wird, ohne Rücksicht, ob die Sache existiren werde oder nicht (spei emtio). Der Preis muß nicht nothwendig gezähltes Geld und die Bestimmbarkeit kann relativ seyn, entweder weil die Sache in einer erst künftig auszumittelnden Quantität verkauft, oder die Bestimmung des Preises von dem arbitrium eines Dritten abhängig gemacht wird. Ist insbesondere eine Obligation Gegenstand des Kaufs, so geht der Vertrag auf die Cession der aus der Forderung entspringenden Klage von Seiten des Verkäufers an den Käufer, wobei die sg. lex Anastasiana (§. 224) wirksam wird. Die Contrahenten haften für dolus und jede culpa. Die besonderen Verbindlichkeiten 1) des Verkäufers, auf deren Erfüllung die dem Käufer zustehende *empti actio* gerichtet ist, bestehen darin, daß er die verkaufte Sache, sey sie nun körperlich oder unkörperlich, auf den Käufer übertrage, namentlich im ersten Falle, daß er sie tradire, wodurch, wenn er Eigenthümer war und der Käufer seine Verbindlichkeiten erfüllt, auf diesen Eigenthum übergeht, sonst aber nur das rechtliche oder factische Verhältniß, in welchem der Verkäufer zur Sache stand, wiewohl, wenn die Uebertragung des rechtlichen Verhältnisses, welches beim Vertrage intendirt war, aus besondern Gründen nicht stattfindet, der Verkäufer dem Käufer besonders verpflichtet werden kann (§. 271 ff.) Die Gefahr der Sache trägt aber vom Augenblicke des abgeschlossenen Vertrags bis zur Ablieferung, wenn nicht eine mora des Verkäufers das Verhältniß modificirt, und die Perfection des Vertrags nicht durch eine Bedingung hinausgeschoben ist, der Käufer, wofür ihm auch das commodum rei venditae zufällt. Insbesondere ist der Verkäufer noch zur custodia verpflichtet, so wie zu Allem dem, was durch allenfallsige Nebenverträge beson-

ders bestimmt wird. 2) Die Verbindlichkeiten des *Käufers*, auf deren Erfüllung die dem Verkäufer zustehende *venditi actio* gerichtet ist, bestehen hauptsächlich in Bezahlung des Kaufpreises, welcher vom Augenblicke der Ablieferung der verkauften Sache durch Zinsen vermehrt wird, Ersetzung der etwaigen Auslagen, welche der Verkäufer nach Abschluß des Vertrags der Sache wegen gemacht hat und Verpflichtung zur Erfüllung Alles dessen, was durch allenfallsige Nebenverträge noch besonders bestimmt wird. — Uebrigens ist weder der Verkäufer zur Uebertragung der Sache, ehe der Kaufpreis bezahlt oder wenigstens gehörig angeboten wird, es müßte denn auf Credit gehandelt seyn, noch der Käufer zur Erlegung des Kaufpreises, ehe die Sache übertragen oder wenigstens die Uebertragung derselben gehörig angeboten wird, verpflichtet. Daß dem einen oder dem andern Contrahenten ein Nachtheil aus dem Geschäfte erwächst, schadet in der Regel dem Vertrage nicht, es müßten denn die Grundsätze von Betrug u. s. f. zur Anwendung kommen, wiewohl das bloße Uebervortheilen an sich kein Betrug ist. Ganz singulär, und auf jeden Fall nicht auszudehnen, ist daher die Bestimmung, daß der Verkäufer den Vertrag wegen einer sg. laesio ultra dimidum s. enormis, d. h. weil er die Sache unter der Hälfte des Werthes verkauft hat, auch wenn er weder durch Irrthum noch durch Zwang oder Betrug dazu veranlaßt worden ist, mit der venditi actio anfechten kann, und zwar in der Art, daß er, wenn die Sache zur Zeit des Verkaufs einen bestimmten Werth, und er den Vertrag nicht donandi animo eingegangen hatte, freilich nicht den dritten Besitzer, aber doch den Käufer, welcher für culpa, aber nicht für casus haftet, in Anspruch nehmen kann, wogegen diesem die Wahl zwischen Annulirung des Vertrags und Nachzahlung des Fehlenden bis zum wahren Werthe bleibt.

II. Locatio (et) conductio.

Caj. III, 142—147. *Paul.* II, 18. *Inst.* III, 24. (25.). De locat. et conduct. *Dig.* XIX, 2. Locati conducti. *Cod.* IV, 65. De loc. et cond.

§. 254.

Locatio (et) conductio (Miethe, Pacht) ist der Vertrag, durch welchen der Gebrauch und Genuß einer Sache (res locata) oder die Leistung von Diensten (operae locatae) oder die Vollführung eines ganzen Werkes (opus locatum) gegen einen bestimmten oder doch bestimmbaren Geldpreis versprochen wird. Dieser Vertrag hat große Aehnlichkeit mit dem Kaufe, so daß häufig die Unterscheidung zwischen beiden schwer seyn wird. Vollendet ist er, sobald der Preis bestimmt ist, über welchen dieselben Regeln gelten, wie beim Kaufe, wiewohl es hier einen Fall giebt, in welchem kein Geldpreis verabredet zu seyn braucht, nämlich wenn ein fruchttragendes Grundstück verpachtet wird, wo der Preis in einer Quantität der zu erzielenden Früchte bestehen kann (colonia partiaria). Was nun I. die Miethe von Sachen betrifft, so können alle nicht verbrauchbare und selbst fremde Sachen *a*), daher auch die gemietheten vom Miether (sublocatio, Aftermiethe) vermiethet werden *b*). Der Vermiether — und bei fruchttragenden Grundstücken der Verpächter (locator) — muß dem Miether (conductor) — bei praediis urbanis dem Innwohner (inquilinus) — bei praediis rusticis dem Pächter (colonus) nach Inhalt des Versprechens die Sache zum Gebrauch und respectiven Genusse überliefern. Der casus tritt bei diesem Verhältnisse nicht an die Stelle der Erfüllung; daher hört durch gänzlichen oder theilweisen Untergang der Sache die Wirkung des Vertrags auch auf Seiten des Miethers auf, und der Pächter insbesondere kann Nachlaß des Pachtgeldes fordern, wenn die Früchte Mißwachs getroffen hat. Der Vermiether darf ferner

---

a) So kann der Gläubiger die ihm zum Faustpfande gegebenen Sachen vermiethen. L. 23. pr. D. de pignor. (20. 1.).

b) Auch der usufructuarius kann die res fructuaria vermiethen. L. 12. §. 2. D. de usufr. (7. 1.). Prädialservituten werden nur mit dem herrschenden Grundstücke verpachtet. L. 44. D. h. t.

ohne wichtigen Grund und ohne Noth vor Ablauf der Miethzeit nicht kündigen *c*). Hat der Miether nothwendige Verwendungen in die Sache gemacht, so muß sie der Vermiether ersetzen, und eben so was auf die Früchte des letzten Jahres wirksam verwandt ist, wenn diese der Pächter nicht mehr zieht. Der Miether dagegen muß zur gehörigen Zeit seinen Miethpreis erlegen, und wenn der inquilinus oder colonus zwei Jahre hindurch Dieß unterlassen hat, so kann er ausgetrieben werden. Endlich muß die Sache, deren Gefahr der Vermiether trägt, zu gehöriger Zeit unversehrt restituirt werden, und beide haften sich für dolus und jede culpa. Veräussert der Vermiether die Sache, so haftet er dem Miether für das volle Interesse; aber „Kauf bricht Miethe." Durch den Tod der Contrahenten erlischt übrigens die Miethe nicht, es müßte denn besonders ausgemacht seyn. II. Was die Miethe von Diensten betrifft (das Dingen), so können alle serviles operae, nicht aber die liberales Gegenstand der Miethe seyn. Wer die Dienste versprochen hat (der locator) muß sie in Person leisten, wenn die Dienste der Art sind, daß dabei die Persönlichkeit des Dienenden berücksichtiget wird, und er haftet für allen Fleiß, nicht aber für casus, wogegen der Dienstherr (conductor), wenn der Vertrag auf eine Zeit eingegangen war und der casus sich in der Person des locator ereignet, auch den Miethlohn nicht zu erlegen braucht. III. Was die Vermiethung eines Werkes betrifft (das Verdingen, Veraccordiren), so heißt hier Jener, welcher die Vollführung unternimmt, conductor, der Besteller locator operis. Giebt der conductor auch den Stoff zum Werke, so ist es emtio venditio, im entgegengesetzten Fall ist es Miethe. Der conductor ist zum höchsten Fleiße verpflichtet; der locator trägt in der Regel das periculum und muß deßhalb auch den Miethlohn erlegen, wenn schon das opus zufälligen Schaden leidet, es müßte sich denn dieser vor der bedungenen Billigung ereignen. Stirbt der

---

c) Wird nach abgelaufener Zeit der Miethcontract erneuert, so heißt Dieß relocatio. Dieß kann auch stillschweigend geschehen.

conductor vor vollendetem Werke, so hebt Dieß die Obligation auf, wenn auf seine Persönlichkeit Rücksicht genommen war. — Die locatio et conductio erzeugt wie der Kauf zwei nach dem Kläger benannte Klagen, die locati und die conducti actio, welche auf die Erfüllung aller Verbindlichkeiten gerichtet sind.

III. Emphyteuticarius contractus.

§. 255.

Der Vertrag, durch welchen eine Emphyteusis entsteht (§. 192 ff.), ist zugleich obligatorischer Natur und weder Kauf noch Pacht, wiewohl er mit beiden Aehnlichkeit hat. Die aus demselben entspringende Klage, welche beide Theile zur Verfolgung ihrer Ansprüche anstellen können, pflegt man jetzt actio emphyteuticaria zu nennen.

IV. Societas.

Caj. III, 148—154. *Paul.* II, 16. *Inst.* III, 25. (26.). De societate. *Dig.* XVII, 2. *Cod.* IV, 37. Pro socio.

§. 256.

Der Gesellschaftsvertrag (societas) ist der Vertrag, wodurch sich mehrere Personen (socii) zur Erreichung eines gemeinschaftlichen Zweckes gegenseitig verbinden. Die Erfordernisse der aus diesem Vertrag entstehenden Obligation sind daher gemeinschaftlicher Zweck, welcher nicht nothwendig in einer Vermögenserweiterung bestehen muß, gemeinschaftliches Wirken, obgleich die Theilnahme an den Mitteln sehr verschieden und ungleich seyn kann, und Theilnahme am Erfolge, welche, wenn nichts Anderes verabredet ist, sich nach dem Verhältnisse der Theilnahme an der Anwendung der Mittel, insofern diese bei Allen gleichartig sind *a*), richtet, aber auch mit dieser nicht übereinzustimmen braucht, wiewohl die Verabredung, daß der Eine allen Schaden tragen, der

a) Sind die Mittel, welche jeder Einzelne für die Gesellschaftszwecke anwendet, ungleichartig, so wird Gewinn und Verlust nach Köpfen getheilt.

Andere allen Gewinn ziehen solle (societas leonina), den Charakter der Gesellschaft zerstört. Da sich eine Verbindung mehrerer Zwecke denken läßt, so kann auch die Gesellschaft auf die Gemeinschaft des ganzen Vermögens der Contrahenten gerichtet seyn (universorum bonorum societas). Die Gesellschafter sind sich gegenseitig die versprochenen Leistungen zu erfüllen schuldig; namentlich muß der von Einem für die Gesellschaft gemachte Gewinn, eben so müssen die Früchte der gemeinschaftlichen Sachen getheilt werden. Hat ein Gesellschafter gemeinschaftliches Geld zu seinem Privatnutzen verwendet, so erlegt er landesübliche Zinsen. Sonst haftet er für dolus und culpa und zwar auch für levis culpa, er müßte denn im einzelnen Falle nachweisen können, daß er in allen seinen Geschäften in der Regel nicht sorgsamer sey. Den casus tragen alle gemeinschaftlich, soweit er einen in das Gesellschaftsvermögen gehörenden, oder auch nur einen dafür verwandten Gegenstand trifft. — Im Verhältniß zu Dritten macht die societas für den Einzelnen keinen Unterschied und die socii sind durchaus nicht als eine juristische Person zu betrachten. Darum sind die mit Dritten eingegangenen Geschäfte, wenn sie es auch im Interesse der Gesellschaft sind, an sich nur für den contrahirenden socius verbindlich, wiewohl in diesem Falle die Verbindlichkeiten der Uebrigen gegen den handelnden socius dieselben bleiben, und der Dritte diesen sogar zwingen kann, ihm seine Klagen gegen die Uebrigen zu cediren. — Die Klage aus diesem Contract, durch welche die socii auf Erfüllung der aus dem Verhältniß entspringenden Verbindlichkeiten dringen, heißt *pro socio;* wird in Folge dieser Klage ein socius condemnirt, so trifft ihn Infamie. Die Gesellschaft erlischt sowohl durch Tod als durch maxima und media capitis diminutio, und zwar nicht nur für Jenen, den Dieß trifft, sondern auch für alle Uebrige; ein Uebergang auf die Erben kann selbst nicht verabredet werden. Dieselbe Wirkung hat Insolvenz eines socius und Confiscation seines Vermögens. Sonst hört die Gesellschaft auf durch Erreichung ihres Zwecks oder dessen

vollständige Vereitelung, durch Ablauf der Zeit, für welche sie eingegangen, und endlich durch einseitige Kündigung, welche aber für die Uebrigen erst von dem Augenblick an wirkt, in welchem sie dieselbe erfahren haben, indem die Gesellschaft bis dahin auch für den Kündiger fort besteht, soweit er verlieren, nicht aber so weit er gewinnen kann. Auch muß die Kündigung bona fide, also nicht zur Unzeit geschehen.

V. Mandatum.

Caj. III, 155—162. *Paul* II, 15. *Inst.* III, 26. (27.). De mandato. *Dig.* XVII, 1. *Cod.* IV, 35. Mandati vel contra.

§. 257.

Mandatum ist der unentgeltlich übernommene Auftrag einer Person, deren Geschäft zu besorgen. Ein Honorar schadet dem Charakter dieses Vertrags nicht, ein eigentlicher Lohn macht das Geschäft zu einem andern Vertrage. Der Auftrag kann sowohl zum Vortheile des Auftraggebers (mandator und jetzt gewöhnlich mandans) als zu dem des Auftragnehmers (mandatarius) *a*), als auch zum Vortheil eines Dritten, wenn der Auftraggeber bei diesem Vortheil interessirt ist, gegeben werden. Gegen den Auftragnehmer geht die mandati actio als directa auf Erfüllung des Auftrags. Ist er durch casus an der Erfüllung verhindert, so muß er es, wenn er nicht dafür verantwortlich seyn will, wo möglich dem Auftraggeber anzeigen. Uebrigens haftet er für den höchsten Fleiß, und die Verurtheilung macht ihn infam. Nach Vollführung des Auftrags hat er Rechnung abzulegen, das für den Mandator Erworbene mit allen Früchten herauszugeben, und die erworbenen Klagen zu cediren. Wegen mora zahlt er die gewöhnlichen Verzugszinsen, wegen Verwendung von Geldern, welche dem Mandator gehören, zu eignem Vortheil landesübliche Zinsen. — Aber auch der

a) Cedirt diesem der Mandator eine actio gegen einen Dritten, so heißt er procurator in rem suam (§. 224). Bekommt er aber bloß den Auftrag, von einem Dritten Geld auf den Namen des Mandator zu erheben, so heißt Dieß jetzt assignatio.

Mandator kann zufällig verpflichtet werden, und deßwegen geht gegen ihn die mandati actio als contraria; er haftet für jede culpa und trägt in der Regel den casus, soweit er nicht die Person des Auftragnehmers trifft. Er muß ferner die für ihn gemachten Auslagen vergüten, und den Auftragnehmer von den für ihn übernommenen Verbindlichkeiten befreien. — Stillschweigend kann ein Mandat dann eingegangen werden, wenn der Herr des Geschäfts die Uebernahme desselben von Seiten eines Andern kennt und duldet. Die spätere Genehmigung eines ohne sein Vorwissen von einem Andern geführten Geschäfts hat für den Herrn, nicht aber für den Führer des Geschäfts, rückwärts die Wirkung des Mandats. — Das Mandat selber, womit aber die mandati actio noch nicht aufhört, endet durch Aufkündigung von Seiten des Einen oder des Andern, welche jedoch nicht unzeitig geschehen darf, durch den Tod des Mandator, wenn nicht das Gegentheil verabredet ist, und durch den Tod des Auftragnehmers. Der Uebergang des Mandats auf die Erben des Letztern kann nicht verabredet werden.

Dritter Titel.

Verborum obligatio.

Caj. III, 92. 93. *Paul.* II, 3. V, 7. 9. *Inst.* III, 15. (16.). De verb. obligat. 18. (19.). De divis. stipulat. 19. (20.). De inut. stipulat.. *Dig.* XLV, 1. De V. O. *Cod.* VIII, 38. De contrah. et committ. stipul. 39. De inutil. stipul. —

§. 258.

Als einzige Art der verborum obligatio war im Justinianischen Rechte *a*) noch übrig geblieben die stipulatio *b*), welche als Form für Eingehung aller Arten von Obligationen gebraucht werden konnte. Die Stipulation war nämlich der Vertrag, worin durch eine mündliche, den Gegenstand des zu

---

a) Ueber das ältere Recht: Hugo R. G. S. 280 ff. 290 ff. 620 ff. Schweppe R. G. §. 301 ᵃ — 305.

b) Ueber die Ableitung des Namens wird gestritten. Vergl. Hugo R. G. S. 283.

begründenden Verhältnisses genau bezeichnende Frage (stipulatio im engern Sinne) und eine dieser Frage entsprechende, sofort ertheilte, mündliche Antwort (promissio) eine Obligation zu existiren anfieng. Da die Contrahenten (der stipulator oder reus stipulandi auf der einen — der promissor oder reus promittendi auf der andern Seite) nothwendig sprechen mußten, so konnten sie weder stumm noch abwesend seyn. Uebrigens war zu Justinians Zeit weder die lateinische Sprache noch die civitas, noch gerade eine bestimmte Formel nothwendig. Sonst galten über Nebenbestimmungen die allgemeinen Regeln; sowohl Bedingungen als Zeitbestimmungen waren zulässig. Freie Repräsentation war ausgeschlossen, es müßte denn die Stipulation als bonae fidei contractus abgeschlossen worden seyn. Sonst konnte ein adstipulator zugezogen werden, welcher sich von Demjenigen, qui solutionis causa adjicitur dadurch wesentlich unterschied, daß Letzterer nur in solutione, nicht in obligatione war. War daher die stipulatio an sich ungültig, so wurde dem adjectus ein indebitum gezahlt. War aber die Stipulation für den stipulator nicht gültig, so konnte sie es deßwegen doch für den adstipulator seyn. — Indessen konnte die stipulatio nach Justinians Vorschrift auch schriftlich eingegangen werden, und gegen die Schrift, worin die Stipulation als inter praesentes abgeschlossen aufgenommen war, konnte nur der Beweis wirken, daß die Parteien an dem Tage der abgeschlossenen Stipulation sich nicht in derselben Stadt aufhielten. — Die Obligation, welche aus der stipulatio entstand, war stricti juris, wenn diese nicht unter Formeln abgeschlossen wurde, welche sie zum bonae fidei negotium machten (z. B. ut inter bonos bene agier oportet — ex aequo et bono — ex fide bona). Die Klage, welche der stipulator hatte, hieß, wenn der Gegenstand eine bestimmte species oder doch eine gewisse Quantität war, certi condictio mit dem Beisatze: ex stipulatu *c*), sonst aber, wenn der Gegenstand z. B. ein Handeln war, ex stipulatu actio.

---

c) Ueber den rein historischen Grund dieser Benennung: Hugo a. a. O.

Vierter Titel.
Literarum obligatio.

Cas. III, 128—134. *Inst.* III, 21. (22.). De literarum obligat.
Cod. IV, 30. De non numerata pecunia.

§. 259.

Die ältere literarum obligatio *a*) ist schon zu Justinians Zeit Antiquität. An ihre Stelle tritt ein Surrogat, das eigentlich nichts weniger als eine literarum obligatio ist. Ein ausgestellter Schuldschein (chirographum, cautio) soll nämlich eine Obligation begründen, wenn seit der Ausstellung zwei Jahre verflossen sind. In der Zwischenzeit kann der Aussteller, welcher das darin genannte Geld nicht empfangen hat, mit der sine causa condictio auf Herausgabe des Schuldscheins klagen, oder dem auf Erfüllung der im Schuldscheine beglaubigten Obligation Klagenden die non numeratae pecuniae exceptio entgegenstellen. Sind aber die zwei Jahre seit Ausstellung des Scheines verflossen, so ist der Aussteller zur Zahlung Dessen, wozu er sich im Scheine bekannt hat, unbedingt verpflichtet. Dieß ist die im Justinianischen Rechte so genannte literarum obligatio *b*). — Dieselben Grundsätze gelten über den Schein, worin Jemand eine dos empfangen zu haben beurkundet *c*). Der Termin aber, in welchem ein solcher Schein nicht beweis't, ist ein Jahr nach Trennung der Ehe, wenn diese zwei Jahre stattfindet, drei Monate, wenn sie über zwei Jahre aber unter zehn Jahren stattfindet. Nach zehn Jahren gilt der Schein unbedingt.

Fünfter Titel.
Pacta.

I. Klagbare pacta.

A. Sg. pacta adjecta.

§. 260.

Einem jeden bonae fidei contractus können Nebenverträge

---

a) Vergl. Hugo R. G. S. 825. f. Schweppe R. G. §. 306. 307.

b) Einen Literalcontract oder contractus chirographarius kann man Dieß offenbar nicht nennen.

c) *Cod.* V, 15. De dote cauta non numerata. *Nov.* 100.

angehängt werden, welche, wenn Dieß sofort geschieht, als in dem Contract enthalten, durch die aus demselben entspringenden Klage geschützt sind. Solcher Nebenverträge giebt es natürlich unzählige. Besondere Namen hat man manchen von ihnen erst in neuern Zeiten gegeben, z. B. das sg. pactum protimiseos *a*), das sg. pactum de retrovendendo *b*), das sg. pactum de non praestanda evictione (§. 271), das sg. pactum displicentiae *c*). Von allen diesen Nebenverträgen kommen Beispiele im römischen Rechte vor *d*); aber eigne Namen haben, wahrscheinlich ihrer Häufigkeit wegen, nur folgende: 1) die *in diem addictio* *e*), welche bei den verschiedenartigsten Verträgen vorkommen kann und darin besteht, daß der Hauptvertrag entweder rückgängig werden solle, wenn in einer bestimmten Zeitfrist ein Andrer den Contract unter vortheilhafteren Bestimmungen abschließen wolle, oder daß er erst von einer bestimmten Zeit an gelten solle, wenn bis dahin nicht ein Contrahent sich finden sollte, der größern Vortheil gewähren wollte. Dieser Nebenvertrag hat daher in der Regel ganz den Charakter und die Wirkung einer Bedingung, welche dann entweder affirmativ oder negativ, entweder resolutiv oder suspensiv gefaßt seyn kann. Indessen kann er auch als reine Zeitbestimmung vorkommen. 2) Die *lex commissoria* *f*) (das sg. pactum commissorinm), welche wieder bei allen Verträgen vorkommen kann und die Bestimmung enthält, daß gegen die Regel der eine Contrahent von der Verpflichtung zur Leistung frei seyn solle, wenn der andere bis zu einem gewissen Termin nicht erfüllt haben werde. Nur beim Pfandvertrage darf dieser Nebenvertrag nicht vorkommen (§. 202). 3) Die *antichresis* beim Pfandvertrage *g*) (§. 203).

---

a) Z. B. l. 75. D. de contrah. empt. (18. 1.).

b) Z. B. l. 12. D. de praescr. verb. (19. 5.).

c) Z. B. l. 3. D. de contrah. empt. (18. 1.).

d) Vgl. *Cod.* IV, 54. De pactis inter emptorem et venditorem comp..

e) *Dig.* XVIII, 2. De in diem addictione.

f) *Dig.* XVII. 3. De lege commissoria. *Cod.* VIII, 35. De pactis pignorum et de lege commissoria in pignoribus rescindenda.

g) L. 11. §. 1. D. de pignor. (20. 1.).

B. Sg. pacta praetoria.

§. 261.

Zu den Verträgen, welche als bloße pacta durch das prätorische Edict klagbar geworden sind, gehört I. das *constitutum* oder die *constituta pecunia a*) (sg. constitutum promissorium, constitutum debiti, constitutum pecuniae), worunter das Versprechen zu verstehen ist, eine schon vorhandene Schuld zu tilgen. Das constitutum erzeugt eine Klage (de constituta pecunia actio) *b*), gleichviel ob die darin anerkannte Schuld in einer civilis oder in einer naturalis obligatio besteht, gleichviel ob die anerkannte Schuld eine eigne (sg. constitutum debiti proprii), oder ob sie eine fremde ist (sg. constitutum debiti alieni). Im letzten Fall ist das constitutum besonders ein Mittel, die stipulatio unter Abwesenden möglich zu machen; es erscheint aber auch als eine Art der Intercession (§. 266). II. Das receptum der Gastwirthe oder Schiffer *c*). Wenn nämlich solche Personen Sachen eines Reisenden aufnehmen, so haften sie für die strengste custodia; daher findet auch wegen jeden Schadens, welcher die Sache trifft, wenn er nur nicht ein damnum fatale ist, mag er sonst von ihnen veranlaßt seyn oder nicht, eine prätorische in factum actio gegen sie statt, welche de recepto heißt, und zunächst auf Herausgabe der anvertrauten Sache gerichtet ist. III. Der Vertrag, wodurch streitige Rechte von einem aussergerichtlichen Eide abhängig gemacht werden *d*). Aus diesem Vertrag entsteht die exceptio jurisjurandi und, wenn die streitig gewesenen Rechte nicht schon an sich mit Klage geschützt sind, wenigstens eine in factum actio *e*).

---

a) *Dig.* XIII, 5. *Cod.* IV, 18. De constituta pecunia.

b) *Paul.* II, 2. §. 9. Inst. de actionib. (4. 6.).

c) *Dig.* IV, 9. Nautae, caupones, stabularii (Stallwirthe), ut recepta restituant.

d) *Dig.* XII, 2. De jurejurando sive voluntario, sive necessario, sive judiciali.

e) Ueber das receptum arbitrorum, welches gleichfalls ein prätorisches pactum ist, s. §. 269.

C. Sg. pacta legitima.

D o n a t i o.

Frag. Vat. §. 248. seq. 266. seq. *Inst.* II, 7. *Dig.* XXXIX, 5. *Cod.* VIII, 54. De donat. 55. De donat., quae sub modo, vel conditione, vel certo tempore conficiuntur. 56. De revoc. donat. III, 29. De inofficiosis donat. *Nov.* 52. c. 2. *Nov.* 92.

§. 262.

Von den im spätern Civilrechte bestätigten pactis ist hier *a*) nur die Schenkung unter Lebenden *b*) zu erörtern. — Im Allgemeinen ist Schenkung jede juristische Handlung, durch welche das Vermögen des Einen auf Kosten des Vermögens eines Andern und mit dessen Willen bereichert wird. Im engern Sinn aber ist Schenkung eine auf besonders dazu abgeschlossenem Vertrage beruhende juristische Handlung, welche eine bleibende Erweiterung fremden Vermögens zur Folge hat. Sie kann daher geschehen dando, obligando und liberando. Sonach kann auch ein ganzes Vermögen Gegenstand der Schenkung seyn, wiewohl auch in diesem Falle nur eine successio in singulas res stattfindet, jedoch so, daß der Schenker seine Schulden zuvor aus dem Activvermögen bezahlen kann. Bereichert der Eine das Vermögen des Andern unter Auflage einer Zweckbestimmung, so ist es keine r e i n e Schenkung und geht häufig in ein zweiseitiges Geschäft, namentlich in einen unbenannten Realcontract über. Eine Schenkung zur Vergeltung geleisteter Dienste (sg. r e m u n e r a t o r i s c h e Schenkung) wird dagegen im Ganzen als r e i n e Schenkung behandelt. — Sollte die Schenkung im ältern Rechte civile Wirkung haben, so mußte sie ausser andern Erfordernissen in eine civile Form eingekleidet seyn; durch Justinians Vorschrift aber ist ein ge-

a) Ueber Dotalverträge, welche noch hierher gehören würden, vergl. §. 522.

b) Die Erörterung der mortis causa donatio würde ihrer ganzen rechtlichen Natur nach eigentlich auch hierher gehören; allein da sie in einigen Punkten dem Legat gleichgestellt ist, und auch sonst gewissermaßen als ein letzter Wille betrachtet werden kann, so wird sie in das Erbrecht gestellt. Vergl. §. 421.

hörig acceptirtes Versprechen hinreichend; die übrigen Erforder-nisse, welche nach der im Ganzen freien Wahl der Parteien entweder in einer gerichtlichen Insinuation, oder in einer Erklärung vor Zeugen durch Schrift oder mündliche Rede bestehen, sind aber nicht weggefallen. Nur ist theils zur Sicherung des Schenkers, wie des Beschenkten, um künftige Streitigkeiten über die Existenz, den Gegenstand und den Umfang der Schenkung abzuschneiden, theils wohl auch zur Beschränkung des Leichtsinnes für Schenkungen, welche die Summe von fünfhundert solidi übersteigen, die gerichtliche Insinuation immer vorgeschrieben, deren Nothwendigkeit aber wieder wegfällt bei Geldschenkungen zur Loskaufung von Gefangenen, zur Wiederherstellung abgebrannter Häuser, bei Schenkungen von Mobilien, die der magister militum zur Belohnung der Tapferkeit an Soldaten macht, bei Schenkungen sub modo, so weit sie keine reine Schenkungen sind, und endlich bei Schenkungen an den Regenten und die Regentin und bei Schenkungen durch diese Personen. Wird die Insinuation, wo sie nothwendig ist, versäumt, so ist das zu viel Geschenkte, aber auch nur dieses, in der Art ungültig, daß es selbst mit einer rei vindicatio und beziehungsweise indebiti condictio zurückgefordert werden kann. Sonst ist ein Widerruf der Schenkung in der Regel nicht möglich. Nur wenn die Schenkung so groß ist, daß der Pflichttheil der dazu Berechtigten (§. 450) verletzt wird (inofficiosa donatio), so können diese, aber auch nur diese, nach den im Erbrechte zu erörternden Grundsätzen die Schenkung anfechten. Der Schenker selber, nicht aber sein Erbe, kann die Schenkung, wenn sie nicht sub modo geschehen *d*) oder remuneratorisch ist, wegen Undankbarkeit revociren, und wenn der kinderlose Patron einem Freigelassenen sein ganzes Vermögen oder einen beträchtlichen Theil desselben geschenkt hat, so kann er die Schenkung

---

c) Noch eine Ausnahme enthält l. 39. C. de episcop. (1. 3.).

d) Erfüllt freilich der Empfänger den modus nicht, so hat der Geber eine praescriptis verbis actio auf Erfüllung, aber auch eine condictio causa data causa non secuta auf Zurückgabe des Erhaltenen (§. 390).

widerrufen, wenn ihm später Kinder geboren werden. — Die Wirkung des Schenkungsvertrags besteht darin, daß der Beschenkte mit einer nicht besonders benannten Erfüllungsklage, welche jetzt mit condictio ex lege 35 cod. de donationibus bezeichnet zu werden pflegt, auf Uebertragung des Rechts, welches den Gegenstand der Schenkung ausmacht, klagen kann, wobei jedoch der Schenker nur in quantum facere potest condemnirt wird (§. 211).

II. Nicht klagbare pacta.

A. Von Intercessionen.

1. Im Allgemeinen.

§. 263.

Unter *intercessio* ist jede freiwillige Uebernahme einer fremden Schuld zu verstehen *a*). An und für sich ist der Vertrag, durch welchen eine solche Uebernahme stattfindet, ein unbestätigtes und darum nicht klagbares pactum. Wird aber derselbe in Form einer stipulatio abgeschlossen, so entsteht daraus eine vollkommene civilis obligatio. Sodann aber haben manche Verträge dieser Art an sich schon im alten Rechte Klagbarkeit, weil sie in Form eines Mandats eingegangen werden, manche haben durch das prätorische Edict Klagbarkeit erhalten. Es müßten also eigentlich diese Verträge in ihre Classen eingereihet werden. Um nun aber das Ganze im Zusammenhange zu geben, sollen hier alle ohne Unterschied auf ihre Klagbarkeit zusammengefaßt werden unter dem allgemeinen Begriffe der Intercession. Diese fordert ihrer Natur nach eine fremde Obligation, gleichviel ob diese civilis oder naturalis ist; nur muß sie überhaupt wirksam seyn *b*). Eine bloße solutio für den Schuldner ist nicht intercessio, sondern der Intercedent muß nothwendig in obligatione seyn.

---

a) Dieser Begriff ist zwar im Corpus Juris nirgend eigens aufgestellt, aber angedeutet ist er häufig, z. B. l. 8. §. 1. D. ad S. C. Vellejan. (16. 1.). l. 4. cod. cod. tit. (4. 29.).

b) Z. B. l. 29. D. de fidejussor. (46. 1.).

Endlich muß die Uebernahme der fremden Schuld freiwillig seyn, wobei es aber gleichgültig ist, ob die Schuld eine gegenwärtige oder eine zukünftige ist. Die Arten der Intercession lassen sich am Besten nach der Rücksicht abtheilen, ob der Schuldner durch den Intercedenten von seiner Obligation ganz befreit wird (sg. privative Intercession), oder ob er neben demselben verpflichtet bleibt (sg. cumulative Intercession). Zu jener gehört besonders *c*) die *expromissio* und die *delegatio* (§. 238). Diese ist entweder der Art, daß der Intercedent nur insofern haftet, als der Gläubiger von dem Hauptschuldner Befriedigung nicht erhalten kann (sg. subsidiäre Intercession), oder der Intercedent kann die Klage des Gläubigers nicht von sich abwenden (sg. nicht subsidiäre Intercession). Zur erstern gehört immer die Bürgschaft und das sg. *mandatum qualificatum*, zur letztern unter Umständen das sg. *constitutum debiti alieni*. Ausser der accessorischen Natur haben diese Intercessionen nur das Gemeinschaftliche, daß der Intercedent, wenn er nicht donandi animo intercedirt hatte, wegen wirklicher Zahlung der Schuld gegen den Hauptschuldner den Regreß hat entweder als Geschäftsführer *d*) oder als Mandatar *e*), auch zu diesem Zwecke vom Gläubiger Cession der diesem zustehenden Klagen verlangen kann (das sg. beneficium cedendarum actionum) *f*).

a) Von der Bürgschaft insbesondere.

Caj. III, 115—127. *Paul.* I, 20. *Inst.* III, 20. (21.). De fidejussorib. *Dig.* XLVI, 1. *Cod.* VIII, 41. De fidejussoribus et mandatoribus.

§. 264.

Die Bürgschaft ist eine cumulative Intercession und

c) Die Uebernahme der Vertheidigung eines Schuldners im Proceß ohne Vorbehalt, so wie die Eingehung eines Compromisses für denselben kommen in den Quellen auch als Intercessionen vor.

d) Und zwar mit der negotiorum gestorum actio, welche hier contraria ist. §. 287.

e) Und zwar mit der mandati actio, welche contraria ist. Vergl. §. 257. und l. 14. cod. de fidejussorib. (8. 41.).

f) L. 17. 36. 39. D. de fidejuss. (46. 1.). l. 11. cod. eod.

zwar eine subsidiäre. Für die vollkommene Wirksamkeit der aus derselben entstehenden Obligation fordert sie die Form der stipulatio, sonst wirkt sie nur als naturalis obligatio. Ist sie durch stipulatio abgeschlossen, so heißt sie fidejussio. Die im ältern Rechte neben der fidejussio noch vorkommenden Arten der Bürgschaft, die sponsio und fidei promissio haben sich im Justinianischen Rechte nicht mehr erhalten *a*). Was nun I. die Erfordernisse der fidejussio betrifft, so darf sie ihrer subsidiären Natur halber weder eine dem Gegenstande nach größere noch eine härtere Verpflichtung auflegen als die Hauptobligation, wohl aber eine dem Gegenstande nach kleinere und eine weniger harte. Uebrigens kann der Bürge auch einen Rückbürgen stellen (fidejussor fidejussoris). II. Hinsichtlich der Wirkungen der fidejussio ist der Bürge Schuldner des Gläubigers, aber nur, soweit er sich verbürgt hat, also nicht hinsichtlich der vom Hauptschuldner versprochenen Conventional-strafe oder der Zinsen eines Capitals, wenn diese in die fidejussio nicht mit aufgenommen sind. Sonst aber haftet der Bürge auch für die durch den Hauptschuldner perpetuirte Obligation, und zwar nicht bloß für die Folgen seiner culpa und mora, sondern auch für die Unmöglichkeit der Erfüllung, welche ein casus für den Hauptschuldner herbeigeführt hat. Hat der Hauptschuldner ein Pfand bestellt, welches der Gläubiger zu seiner Befriedigung verkauft, so haftet der Bürge auch für den Mindererlöß. Natürlich kommt es hiebei auf die Fassung des Bürgschaftsvertrags an. Wegen dieser Verbindlichkeiten findet gegen den Bürgen die gewöhnliche Klage aus der stipulatio statt. Doch stehen ihm nicht nur alle nicht rein persönlichen Exceptionen des Hauptschuldners zu, sondern auch noch einige eigenthümliche, namentlich A) die sg. *exceptio excussionis*, d. h. das Recht, den Gläubiger mit seiner Klage zuerst an den Hauptschuldner zu verweisen; B) das sg. *beneficium divisionis*, indem nach Justinians neuer Vorschrift unter mehreren fide-

---

a) Vergl. Hugo R. G. S. 292. 397. ff. 622 f. 660. 1129. Schweppe R. G. §. 518. ff.

jussores die Obligation ipso jure getheilt ist; es müßte denn das Gegentheil verabredet seyn. III. Das Ende der Obligation tritt ein sowohl nach allgemeinen Grundsätzen, als insbesondere nach der subsidiären Natur der Bürgschaft, wenn die Hauptobligation aufhört, und wenn eine confusio eintritt, und zwar entweder zwischen Gläubiger und Bürgen, oder zwischen Gläubiger und Schuldner, oder endlich zwischen Schuldner und Bürgen, — im letzten Fall aber nur, wenn die Bürgschaft nicht kräftiger war als die Hauptschuld.

b) Von dem sg. mandatum qualificatum.

Dig. XLVI, 1. *Cod.* VIII, 41. De fidejussorib. et mandatoribus.

§. 265.

Den Auftrag, einem Dritten ein Darlehn zu geben, nennt man jetzt mandatum qualificatum. Dieser Auftrag wird ganz nach den Grundsätzen vom Mandat (§. 257), zugleich aber als Intercession betrachtet. Der Mandator haftet daher subsidiär für die Hauptschuld, und es findet darum gegen ihn die mandati actio als contraria statt *a*). Doch hat er dieselben Exceptionen wie der fidejussor *b*).

c) Von dem sg. constitutum debiti alieni.

Paul. II, 2. *Dig.* XIII, 5. *Cod.* IV, 18. De constituta pecunia.

§. 266.

Nach §. 261. I. kann in dem constitutum eben sowohl eine fremde als eine eigne Schuld anerkannt seyn. In jenem Falle liegt darin eine cumulative, nicht immer aber eine subsidiäre, Intercession. Darum kann man dieses constitutum nicht als eine bloß sichernde Intercession betrachten, und es folgt hieraus, daß zwar die allgemeine Natur der Intercession sich darin wieder findet, daß aber Alles wegfallen kann, was bei der Bürgschaft und dem mandatum qualificatum als Folge ihrer subsidiären Bestimmung angegeben ist. Darum kann das Object,

a) §. 6. Inst. de mand. (3. 26. [27.]). l. 6. §. 4. D. mand. (17. 1.). l. 71. §. 2. D. h. t.

b) Nov. 4. c. 1. l. 3. cod. de const. pec. (4. 18.). l. 13. D. h. t.

der Gläubiger, der Ort und die Zeit der Erfüllung, es können die Bedingungen der Hauptobligation verändert werden. Die sg. exceptio excussionis kann wegfallen, während unter mehreren Constituenten das sg. beneficium divisionis stattfindet, so wie der Constituent das sg. beneficium cedendarum actionum in Anspruch nehmen kann. Als prätorisches pactum bedarf es keiner Form und gegen den Constituenten findet die gewöhnliche Klage (de constituta pecunia actio) statt.

2. Von Intercessionen der Frauenzimmer.

Paul. II, 11. *Dig.* XVI, 1. *Cod.* IV, 29. Ad Senatusconsultum Vellejanum. *Nov.* 134. c. 8.

§. 267.

Nach dem Senatusconsultum Vellejanum unter Claudius sollen alle Intercessionen der Weiber und alle zur Verdeckung solcher Intercessionen eingegangene Geschäfte unwirksam seyn, und zwar per exceptionem. Nach Justinians neuerer Vorschrift findet ausnahmsweise Nichtigkeit der Intercession ipso jure statt, wenn die Ehefrau für ihren Mann intercedirt, und wenn die Intercession nicht durch eine öffentliche oder doch wenigstens von drei Zeugen unterschriebene Urkunde beglaubigt wird. Bloß in diesen Ausnahmsfällen kann denn auch die Frau das von ihr in Folge der Intercession Gezahlte schlechthin zurückfordern; in der Regel dagegen hat sie eine indebiti condictio nur, wenn sie aus Irrthum gezahlt hat. Ein Faustpfand, welches sie zum Zwecke der Intercession gegeben hat, kann sie jederzeit zurückfordern, selbst wenn es vom Gläubiger schon verkauft seyn sollte. Gleiches Recht mit der Frau haben überhaupt deren Erben und Rückbürgen. Die Wirkungen einer solchen Intercession für die Hauptobligation sind verschieden, je nachdem die Intercession cumulativ oder privativ ist. Im ersten Falle bleibt die Obligation, wie sie vor der Intercession war; im zweiten Falle muß man unterscheiden, ob die Hauptobligation schon entstanden war, oder ob die Frau durch ihre Intercession die Entstehung abzuwenden bezweckte. Ist Jenes, so wird die alte Obligation wieder hergestellt, und dem

Gläubiger steht deßhalb gegen den Hauptschuldner die alte Klage als *restitutoria s. rescissoria* actio zu; ist Dieses der Fall, so wird die abgewandte Obligation als entstanden angesehen, und dem Gläubiger steht gegen den Schuldner dieselbe Klage zu, welche er ohne Dazwischenkunft der Intercession gehabt hätte (die sg. *institutoria* actio). — Ausnahmsweise finden die Bestimmungen des Senatusconsults keine Anwendung, 1) wenn die Frau arglistig verfuhr; 2) wenn der Schuldner für ihre Sicherheit hinreichend gesorgt hat, oder wenn die Zahlung zu ihrem Besten verwandt war, oder wenn sie für ihre Intercession Remuneration bekam; 3) nach Justinians Vorschrift, wenn sie in liberali causa oder wenn sie für eine dos intercedirte; endlich 4) unter gewissen Bedingungen, wenn sie entsagt hat. Die Entsagung ist schlechthin möglich, wenn sie wissentlich gezahlt hat, und nach Justinians Vorschrift, wenn die großjährige Frau nach zwei Jahren ihre Intercession wiederholt hat. Sonst macht die Entsagung keine Ausnahme, es müßte denn die Mutter oder Großmutter bei Uebernahme der Tutel über ihre Kinder den Wohlthaten des Senatusconsults entsagt haben, ohne welche Entsagung die Uebernahme gar nicht möglich ist *a*).

B. Pactum de non petendo und Vergleich.

Dig. II, 15. *Cod.* II, 4. De transactionibus.

§. 268.

Gleichfalls zu den unbestätigten und daher nicht klagbaren Verträgen gehört das pactum de non petendo (§. 243. IV). Verschieden davon ist der Vergleich (transactio, transactus), d. h. der Vertrag, durch welchen Jemand seine im Erfolg ungewisse Ansprüche gegen eine Gegenleistung aufzugeben verspricht. Er muß in Form eines contractus gefaßt seyn, wenn er klagbar seyn soll, und erscheint er als Realcontract, so hat er, wenn er zur Schlichtung eines Rechtsstreites eingegangen wird, die besondere Folge, daß das sg. jus poenitendi

---

a) Nov. 118. c. 5.

(§. 260) wegfällt. Sonst ist er ein unbestätigtes pactum, welches nur per exceptionem wirksam ist *a*). — Die Erfordernisse sind in Beziehung auf Eingehung des Vertrags die allgemeinen; ein wesentlicher Irrthum ist aber natürlich nur dann vorhanden, wenn über Das geirrt wird, was beide Theile als gewiß voraussetzen; ein Irrthum über Das, was ungewiß ist, hat als Irrthum in den Beweggründen keine Folge. Der Gegenstand des Vertrags muß der Disposition der Paciscenten unterworfen und wesentlich ungewiß seyn. Ueber ein künftiges Testament darf kein, und über künftige Alimente nur ein gerichtlicher Vergleich eingegangen werden, und der Vergleich über die Zurücknahme einer öffentlichen Anklage, wenn das Verbrechen nicht capital ist, wovon jedoch der Ehebruch ausgenommen werden muß, infamirt den Angeschuldigten und setzt ihn einem Ueberführten gleich. Der Bruch eines beschwornen Vergleichs hat Infamie zur Folge. Die aus dem Vergleich entstehende Klage richtet sich nach dem Contract, in welchen er eingekleidet ist.

C. Compromissum und receptum.

Dig. IV, 8. De receptis, qui arbitrium receperunt, ut sententiam dicant. *Cod.* II, 56. De receptis arbitriis.

§. 269.

Der Vertrag, wodurch ein streitiger Rechtsanspruch von dem Ausspruch (arbitrium) eines Dritten (arbiter — Schiedsrichter) abhängig gemacht wird, heißt *compromissum*, und der Vertrag, wodurch der Dritte sich zur Entscheidung verpflichtet, *receptum*. Unfähig zu Schiedsrichtern sind Pupillen, furiosi, Taube, Stumme, Leute unter zwanzig Jahren und Weiber, so wie wer schon zum judex in dem fraglichen Proceß ernannt war. Das compromissum ist an sich ein unbestätigtes

a) Wenn übrigens der Vergleich auch nur durch ein unbestätigtes pactum geschlossen ist, so kann dieß doch dadurch vollkommen wirksam werden, daß der Transigent aus der Hauptobligation klagt, und dem excipirenden Schuldner die replica doli entgegenstellt. —

pactum; damit es eine Klage erzeuge, muß es entweder in Form einer stipulatio oder mit einer poenae stipulatio abgeschlossen werden. Das receptum dagegen ist ein sg. prätorisches pactum und daher an sich völlig wirksam. Gegenstand des Compromisses kann nur nicht seyn eine liberalis causa, ein infamirendes Delict, und ein öffentliches Verbrechen. Wer einmal zu entscheiden versprochen hat (qui arbitrium recepit), muß die Entscheidung nothwendig geben, ausgenommen, wenn das Compromiß in sich ungültig ist, wenn der arbiter gegründete Excusationen hat, und wenn die streitenden Theile von demselben abgestanden waren, und nun zu ihm zurückkehren wollen. Dem Ausspruche des arbiter sind die Parteien Gehorsam schuldig, insofern er sich genau an die ihm von denselben gegebenen Instructionen gehalten hat, und der einmal gethanene Ausspruch ist unabänderlich, also keiner Appellation unterworfen. Nur der dolus des Arbiter berechtigt zum Ungehorsame. Uebrigens erzeugt der Ausspruch, wenn ihn die Parteien nicht durch stipulatio oder urkundlich genehmigt hatten, an sich nur eine exceptio, es müßte denn mit dem Compromiß eine poenae stipulatio verbunden gewesen seyn, wo auf die poena geklagt werden kann, oder die Parteien müßten ihn durch Unterschrift oder stillschweigend genehmigt haben, was nach Justinians Vorschrift in dem Ablaufe von zehn Tagen, binnen welchen nicht widersprochen wird, liegen soll. Das Compromiß hört auf durch den Ausspruch des Arbiter, durch den Tod einer der Parteien oder des Schiedsrichters, durch Ablauf des für den Spruch gesetzten Termins, durch acceptilatio Dessen, was als poena stipulirt ist, durch aufhebenden Vertrag, durch Verwirkung der poena, durch Vergleich, so wie durch Untergang des Objects, durch Erwählung eines andern arbiter und endlich durch den Anfang des Processes vor Gericht.

D. Spielverträge und Wetten.

Dig. XI, 5. De aleatoribus. *Cod.* III, 43. De aleatoribus et alearum lusu.

§. 270.

Eigentliche Spielverträge, welche einen Vermögensverlust zum Gegenstande haben, sind nicht nur nicht bestätigt, sondern in vielen Beziehungen eingeschränkt und verboten, wobei selbst die Form der stipulatio keinen Unterschied macht. Das in Glücksspielen (aleae) Verlorene soll, wenn es bezahlt ist, zurückgefordert werden können, nicht bloß vom Verlierenden, sondern auch vom Fiscus und von jedem Dritten. Die Rückforderungsklage soll erst binnen funfzig Jahren verjähren. Ein für das Verlorene bestelltes Pfand oder ein Schein ist ungültig und kann zurückgefordert werden. Aber auch alle das Spiel fördernde Handlungen sind verboten, und es treten hier manche nicht hierher gehörende polizeiliche Bestimmungen ein. — Wetten (sponsiones), d. h. gegenseitige Versprechungen unter entgegengesetzten Bedingungen, sind im Allgemeinen erlaubt, erzeugen aber nur, wenn sie formelle Verträge sind, eine civilis obligatio. Haben sie aber unerlaubte Gegenstände, gehen sie namentlich auf verbotene Spiele, so sind sie verboten.

Sechster Titel.

Von der mit Obligationen aus Verträgen in Verbindung stehenden Pflicht zur Gewährleistung.

I. Im Allgemeinen.

§. 271.

Bei allen Obligationen, in welchen eine Uebertragung liegt, wenn diese nur nicht rein ex lucrativa causa geschieht, wie bei der reinen donatio, haftet der Uebertragende (auctor) sowohl für juristische als für physische Mängel der Sache. Wir nennen dieses Pflicht zur Gewährleistung. Jedoch haftet der auctor auch bei einer Uebertragung ex lucrativa causa, wenn er sich dazu verpflichtet hatte, oder in dolo war, nicht

aber wenn eine bloß nach dem genus bestimmte Sache übertragen wird *a*). Vollständig haftet nur der auctor, also nicht der auctor auctoris *b*), und nicht der Stellvertreter, z. B. der Pfandgläubiger, wiewohl bei diesem eine Ausnahme eintritt, wenn er die Pflicht zur Gewährleistung vertragsmäßig übernommen oder arglistig gehandelt hat. Auch versteht es sich, daß der Repräsentant für seine Repräsentationsbefugniß haftet *c*). Durchaus frei von dieser Verpflichtung ist nur der Fiscus *d*).

II. Insbesondere.

A. Verpflichtung zur Gewähr juristischer Mängel.

Dig. XXI, 2. De evictt., et duplae stipul. 3. De exc. rei vend. et trad. *Cod.* VIII, 45. De evictt. 46. Credit. evict. (pignor.) non debere.

§. 272.

Wird dem Erwerber das Erworbene von einem Dritten entzogen, weil das Recht des Auctor mangelhaft war, so nennt man dieß *evictio* — Entwährung. *a*) Damit überhaupt I. die Pflicht zur Gewährleistung eintrete, muß A. die Entwährung in der Regel schon vollendet seyn. B. Die Möglichkeit der Entziehung des Uebertragenen muß ihren Grund in einem Mangel haben, an welchem das Recht des Auctor litt. Ob dieser den Mangel kannte oder nicht, ist gleichgültig, sowie worin der Mangel lag. C. Der Erwerber muß, sobald ihm das Erworbene angestritten wird, dem Auctor, oder nach dessen Tode den Erben desselben, und zwar allen, die Anzeige davon machen (sg. litis denunciatio), damit dem Erwerber nicht in Zukunft entgegengestellt werden könne, die evictio habe durch seine eigne Schuld statt gefun-

a) L. 62. D. de aedil. ed. (21. 1.). l. 2. cod. de evictionib. (8. 45.).

b) Es müßte denn der auctor seine Klagen cedirt haben. L. 59. D. de evict. (21. 2.).

c) Z. B. der nachstehende Pfandgläubiger. L. 1. cod. cred. evict. pign. non deb. (8. 46.).

d) L. 1. §. 3. D. de aedil. ed. (21. 1.).

a) *Evictio* kommt in den Quellen nur vor, wenn ein dingliches Recht abgestritten wird.

den. Unterläßt er diese Anzeige, so verliert er dadurch seinen Regreß gegen den Auctor, er müßte denn erweisen können, daß ungeachtet der Intervention desselben die Eviction doch stattgefunden haben würde, oder es müßte ihm die Pflicht der Anzeige durch Vertrag erlassen worden, oder es müßte die Anzeige wegen Abwesenheit des Auctor unmöglich gewesen seyn, oder endlich sich Letzterer derselben absichtlich entzogen haben. Was II. die Gewährleistung (praestare evictionem, auctoritatem) selber betrifft, so ist bei den Römern eine duplae stipulatio *b*) schon bei Abschluß des obligatorischen Geschäftes sehr gewöhnlich und auf Verlangen des Gegentheils bei Veräusserung werthvoller Sachen selbst nothwendig; jedoch hat dieselbe auf die Leistung des aus der Natur des Geschäftes zu Gewährenden nur insofern Einfluß, als das ganze Interesse, auf welches der Erwerber mit der Contractsklage dringt, nicht über das Doppelte des Empfangenen berechnet werden darf. III. Als Rechtsmittel zur Geltendmachung der Forderung von Gewährleistung bedient sich der Berechtigte entweder der Contractsklage oder der Klage ex stipulatu, oder gegen den entwährenden Auctor selbst und Diejenigen, welche mit ihm haften, einer Einrede, der exceptio rei venditae et traditae. Diese Einrede insbesondere kann der Erwerber in der Regel immer gebrauchen, wenn der Veräusserer mit der Klage belangt werden kann *c*). Dagegen gibt es eine Reihe von Fällen, in welchen zwar keine Klage auf Gewährleistung, wohl aber die exceptio statt findet *d*). IV. Das Recht, Gewährleistung zu fordern, fällt, ausser den schon angegebenen Fällen, weg, wenn der Erwerber demselben gültig entsagte, wodurch auf jeden Fall der Anspruch auf das höhere Interesse verloren geht, aber auch der Anspruch auf Zurückforderung der

---

b) Daher der in den Quellen sehr häufige Ausdruck: committitur stipulatio z. B. l. 35. D. h. t. (21. 2.).

c) Als Ausnahme vergl. l. 31. C. h. t. (8. 45.).

d) Z. B. l. 10. D. de distract. pignor. (20. 5.). l. 3. pr. §. 1. D. de exc. r. v. et tr. (21. 3.).

Gegenleistung, wenn letzterer nicht vorbehalten war, es müßte denn der Auctor arglistig verfahren haben. Eine stillschweigende Entsagung liegt auch darin, daß der Erwerber den Mangel des Rechts seines Auctor kennt, und doch die Uebertragung sich gefallen läßt, nicht aber in der wissentlichen Annahme einer bloß in Streit befangenen Sache.

B. Verpflichtung zur Gewähr physischer Mängel und versprochener Eigenschaften.

Dig. XXI, 1. De aedil. edicto, et redhib., et quanti minoris. *Cod.* IV, 58. De aedilitiis actt.

§. 273.

Was hier I. die Frage betrifft, wann die Verpflichtung zur Gewähr eintrete, so bestimmte A) hinsichtlich verborgener Fehler ein Edict der Aedilen, daß der Verkäufer eines Sclaven oder Thieres für die heimlichen Krankheiten und Mängel (morbus, vitium), sofern er sie kannte, oder doch hätte kennen müssen, zu haften habe. Diese Bestimmung erfuhr in der Folge eine analoge Ausdehnung auf andere Sachen, und auf alle, nicht bloß lucrative Veräusserungs-Geschäfte. Dabei war es unter den Römern nicht nur gewöhnlich, wegen bedeutender Sachen und Fehler, eine duplae stipulatio einzugehen, sondern der Veräusserer konnte dazu auch angehalten werden. Bei unbedeutenden Sachen (simplariae venditiones) findet das Edict keine Anwendung. Die Pflicht der Gewährleistung erfordert einen heimlichen, also einen, den der Erwerber nicht kennt, und nicht kennen kann, und vorzugsweise einen physischen Fehler; denn psychische kommen nur in Betracht, so fern sie entweder in der physischen Beschaffenheit begründet sind, oder die Brauchbarkeit des Gegenstandes ganz aufheben. Endlich muß der Fehler schon zur Zeit des Geschäfts existirt haben. Entsagung auf die Gewährleistung hebt, wenn der Auctor nicht arglistig verfuhr, die Verpflichtung auf. B) Hinsichtlich versprochener Eigenschaften haftet der Auctor ebenfalls; jedoch darf Dieß nicht auf allgemeine Lobpreisungen ausgedehnt werden. — Was II. die Rechtsmittel betrifft, so kann der Erwerber, ehe er

von seiner Seite geleistet hat, seine Ansprüche durch doli exceptio geltend machen. Hat er schon geleistet, so bedient er sich im Fall einer stattgehabten stipulatio der Klage aus derselben; ausserdem ist wegen Mangels der versprochenen Eigenschaften immer, wegen heimlicher Fehler hauptsächlich dann, wenn der Auctor in dolo war, die zunächst auf Leistung des Interesse gerichtete Contractsklage begründet *a*). Das Edict der Aedilen dagegen gestattet dem Käufer die Wahl, ob er auf Auflösung des Kaufes, mit allen seinen Folgen (redhibitio) klagen wolle (redhibitoria actio) *b*), oder auf Herabsetzung des Preises (aestimatoria s. quanti (quanto) minoris actio). Diese Klagen des Käufers und jedes Andern, für welchen sie nach der erwähnten Ausdehnung des Edicts begründet sind, haben hinsichtlich der Verjährung das Eigenthümliche, daß sie in sehr kurzen Terminen erlöschen, und zwar die redhibitoria in sechs Monaten, die aestimatoria in einem Jahre. Verweigert der Veräusserer die cautio dupli, so dauert deßhalb die Klage auf Redhibition zwei, die aestimatoria sechs Monate. Hatte der Veräusserer die Sache bei der Veräusserung besonders geschmückt, und ihr dadurch einen Schein von höherm Werth gegeben, so kann der Erwerber sechszig Tage lang auf die Herausgabe der Ornamente oder auf Redhibition klagen. Geschah die Uebertragung unter dem sg. pactum displicentiae ohne Bestimmung einer Zeit, so steht dem Erwerber ebenfalls sechszig Tage lang eine redhibitorische in factum actio zu. Diese Verjährungsfristen sind übrigens utile tempus (§. 146.). —

a) Jedoch kann zuweilen die Contractsklage auch wegen solcher Fehler angestellt werden, welche dem Veräusserer unbekannt waren. L. 45. D. de contrah. empt. (18. 1.). l. 6. §. 4. l. 13. pr. §. 1. D. de act. E. et V. (19. 1.). Zuweilen ist das Resultat auch der Contractsklage Rescission des Contracts oder Minderung der Gegenleistung. L. 11. §. 3. l. 13. §. 4. D. eod.

b) Kommt der Veräusserer seinen in Folge der Redhibition eintretenden Verpflichtungen nicht nach, so wird er auf das Doppelte condemnirt. L. 45. D. h. t.

Zweites Capitel.

Obligationen aus widerrechtlichen Handlungen.

I. Aus eigentlichen Delicten.

A. Furtum.

Caj. III, 182—208. *Paul.* II, 31. *Collat.* VII. *Inst.* IV, 1. De obligatt., quae ex del. nasc. *Dig.* XLVII, 2. *Cod.* VI, 2. De furtis (et servo corrupto.).

§. 274.

Furtum (Diebstahl) ist die arglistige Entwendung (contrectatio) einer beweglichen Sache in gewinnsüchtiger Absicht. Es findet statt 1) durch Entwendung der Sache selbst (ipsius rei), in der Absicht, Eigenthum auszuüben, dann muß die Sache eine fremde seyn. Es findet statt 2) durch unrechtmäßigen Gebrauch der Sache, sey sie eine fremde oder eine eigne (furtum usus). Es findet endlich statt 3) durch widerrechtliche Entziehung des Besitzes der Sache, wiederum gleichgültig, ob einer fremden oder eignen (furtum possessionis). — Geschieht die Entwendung in andrer als gewinnsüchtiger Absicht (lucri faciendi causa), so ist kein furtum vorhanden. Ob der beabsichtigte Gewinn gemacht wird oder nicht, ist gleichgültig; auch kann der Gewinn für den Dieb oder einen Andern beabsichtigt seyn. Der Helfer ist dem Diebe rechtlich gleich. Der Verletzte darf nicht eingewilligt haben, es sey denn aus Irrthum, den aber der Entwendende kennen mußte. Der Diebstahl hat, wenn die Sache selbst gestohlen wird (furtum rei und furtum possessionis), in Beziehung auf diese die Wirkung, daß sie res furtiva und dadurch der Ersitzung entzogen wird (§. 168. not. a.), welche Wirkung dann natürlich wegfällt, wenn der Eigenthümer selber ein furtum possessionis begangen hat. Für den Verletzten entsteht die condictio furtiva (§. 294), oder auch, wenn er Eigenthümer ist, die rei vindicatio und die furti actio. Diese letztere ist auf Privatstrafe gerichtet und setzt auf Seiten des Klägers ein Interesse voraus, welches als Einheit gerechnet wird — also beim furtum rei

ipsius der Werth der Sache nebst dem Interesse, beim furtum usus und possessionis das Interesse allein. Auf Seiten des Beklagten setzt die furti actio irgend eine Art von furtum oder eine Theilnahme daran voraus. Die Condemnation oder auch nur die Abkaufung der Klage infamirt immer. In Beziehung auf die Forderung selber unterscheidet das römische Recht zwischen manifestum furtum, wenn der Dieb bei seiner Handlung betreten wird, sey es am Orte des Diebstahls, sey es, ehe der Ort, wohin er die Sache zu bringen bestimmt hatte, erreicht ist, und nec manifestum, wenn der Dieb nicht betreten wird. In jenem Falle geht die Klage auf das Vierfache, in diesem auf das Zweifache. — Die Klage erlischt durch ein pactum und zwar ipso jure, sodann durch Verjährung und zwar beim manifestum furtum in einem Jahre, beim nec manifestum in dreißig Jahren. — Wegen heimlicher Abhauung von Bäumen in diebischer Absicht findet eine eigne Klage auf das Doppelte statt, die *arborum furtim caesarum actio*.

B. Rapina.

Caj. III, 209. *Inst.* IV, 2. De vi bonorum raptorum. *Dig.* XLVII, 8. *Cod.* IX, 33. Vi bonorum raptorum, (et de turba).

§. 275.

Rapina — Raub — ist das Delict, wodurch Jemand einem Andern wider dessen Willen unter Anwendung von Gewalt eine bewegliche Sache in gewinnsüchtiger Absicht abzwingt. Der Verletzte hat die Wahl, ob er mit der furti actio oder mit der prätorischen vi bonorum raptorum actio klagen will. Die Letztere steht dem Beraubten, gleichviel ob die Sache ihm gehörte oder nicht, ein Jahr lang, welches utile tempus ist, auf das Vierfache zu, worin ein Theil als Interesse und drei Theile als Privatstrafe gerechnet werden (mixta actio). Nach Ablauf des Jahres geht die Klage nur auf das Einfache.

C. Damnum injuria datum.

Caj. III, 210—219. *Collat.* II, 4. XII, 7. *Inst.* IV, 3. De lege Aquilia. *Dig.* IX, 2. Ad legem Aquiliam. *Cod.* III, 35. De lege Aquilia.

§. 276.

Der durch widerrechtliche Thathandlung einem Andern an dessen Vermögen zugefügte Schaden heißt *damnum injuria datum*; dem Begriffe nach ist daher von diesem Schaden nur der casus ausgeschlossen *a*). Ein eignes Volksgesetz, die lex Aquilia, welche aus drei Capiteln bestand, begründete aus einem solchen Schaden eine Klage auf Schadenersatz und Privatstrafe. Tödtet Jemand den Sclaven oder ein quadrupes pecus des Andern widerrechtlich, verordnet das erste Capitel, so soll er auf den höchsten Werth, welchen die Sache im ganzen letzten Jahre hatte, belangt werden können. Das dritte Capitel schrieb vor, wenn Sclaven, oder quadrupedes pecudes verletzt oder andere Sachen vernichtet oder auf irgend eine Weise beschädiget seyen, so könne auf den höchsten Werth geklagt werden, welchen die vernichtete oder beschädigte Sache in den letzten dreißig Tagen gehabt habe. Das zweite Capitel, welches schon zu Justinians Zeit Antiquität war, gehört nicht hierher und spricht von dem adstipulator, welcher den debitor widerrechtlich liberirt *b*). — Nach der strengern Interpretation geht die lex Aquilia, soweit sie hierher gehört, nur auf das damnum corpore corpori datum. Der Prätor aber gab der aequitas halber in ähnlichen Fällen, in welchen zwar corpori aber nicht corpore Schaden verursacht war, eine utilis actio. Hat eine körperliche Verletzung unmittelbar nicht stattgefunden, ist aber auf andere Weise Schaden gestiftet, so ist eine in factum actio

a) Hienach existirt hier kein Unterschied zwischen lata und levis culpa wie bei bereits begründeten obligatorischen Verhältnissen; vielmehr ist hier immer levis culpa zu prästiren. Eben deßhalb unterscheidet man auch zwischen aquilischer und ausseraquilischer oder obligatorischer culpa.

b) Vergl. *Caj.* III, 215. 216.

begründet. Somit findet im Justinianischen Recht aus jedem damnum injuria datum, soweit es auf positivem Thun beruht, die legis Aquiliae oder damni injuriae actio statt, und zwar als directa in den durch die lex namentlich bezeichneten Fällen, als utilis oder in factum in den unter ihre Bestimmungen subsumirten Fällen. Läugnet der Beklagte, so wird er auf das Doppelte condemnirt.

D. Injuria.

Caj. III, 220—225. *Paul.* V, 4. *Inst.* IV, 4. De injuriis *Dig.* XLVII, 10. De injuriis et famosis libellis. *Cod.* IX, 35. De injur.

§. 277.

Unter *injuria* versteht man im weitern Sinne jede widerrechtliche Handlung (omne quod non jure fit). Im engern Sinne ist injuria jede Verletzung der Persönlichkeit, insbesondere der Ausdruck einer die Ehre des Andern herabsetzenden Gesinnung, bestehe dieser in Worten oder Bildern oder Thaten. Wesentlich ist dabei immer der dolus. Die Verletzung kann übrigens auch mittelbar durch Injurie gegen Personen stattfinden, welche sich in der Gewalt eines Andern befinden. Nachdem die durch die zwölf Tafeln sanctionirte Talion abgekommen war, führte der Prätor eine Privatstrafe ein, auf welche von dem Verletzten mit der injuriarum actio, die aestimatoria heißt, geklagt werden kann, und die der Richter ex bono et aequo zu modificiren die Befugniß hat. Besteht die Injurie in Stößen oder Schlägen oder in dem Eindringen in das Haus eines Andern wider dessen Willen, so kann aus der lex Cornelia mit der injuriarum actio geklagt werden, wobei die Aestimation von dem Arbitrium des Richters abhängt. Trägt der Verletzte auf öffentliche Strafe an, so kann er nicht mehr auf Privatstrafe klagen und umgekehrt. Die prätorische Klage auf Privatstrafe dauert nur einen utilis annus, die Klage aus der l. Cornelia ist perpetua. Eine Verzichtung auf die Klage ist unwiderruflich, und wer aus der Klage condemnirt wird, den trifft immer Infamie.

II. Obligationen aus andern widerrechtlichen Handlungen, welche nicht delicta sind.

A. Vom Betruge.

Dig. IV, 3. *Cod.* II, 21. De dolo malo. *Dig.* XLIV, 4. De doli mali et metus exc.

§. 278.

Die Folge eines Betrugs (§. 129) kann entweder vollkommene Nichtigkeit eines Geschäfts seyn, oder nur Möglichkeit der Anfechtung von Seiten des Betrogenen. Dieser bedient sich dann entweder der nach Verschiedenheit des Falls zulässigen Rechtsmittel, z. B. der Contractsklage oder er verlangt in integrum restitutio, welche entweder den Nachtheil direct aufhebt, oder in Form der actio und exceptio geltend gemacht wird. Was I. die Klage betrifft (de dolo actio), so ist sie eine arbitraria actio und bloß subsidiär, d. h. sie hat nur statt, wenn die Verletzung auf keine andere Weise gehoben werden kann. Der Grund hievon liegt in der mit der Condemnation verbundenen Infamie. Darum findet sie auch wegen sehr geringen Schadens und gegen Personen nicht statt, welche mit dem Verletzten durch ein Verhältniß des Respectes verbunden sind, und immer geht ihr eine Untersuchung über ihre Zulässigkeit voran. Wo sie wegen besondrer Umstände unzulässig ist, da tritt an ihre Stelle eine in factum actio. Ein allgemeines Erforderniß ist der wirkliche Vermögensnachtheil, der dem Betrogenen aus dem Betrug erwachsen seyn muß, und den er durch in litem jusjurandum bestimmt. Ob der Betrüger gewinnen wollte oder nicht, ist gleichgültig. Die Klage, deren Zweck voller Schadensersatz ist, dauert als de dolo actio vom Augenblicke des Betrugs an zwei Jahre (§. 155); wegen der Bereicherungen aber, also auch gegen die Erben des Betrügers, ist sie als in factum actio perpetua. II. Die doli exceptio findet statt, so oft die Klage begründet ist, und unterscheidet sich als sg. specialis wesentlich von der sg. generalis doli exceptio (§. 121). Uebrigens hat sie nicht Infamie zur Folge, und findet gegen den sg. Singularsuccessor nur so weit statt, als er ex lucrativa causa succedirt.

Merkwürdig, aber consequent ist der Grundsatz, daß der doli exceptio keine doli replicatio entgegengesetzt werden darf.

B. Vom Zwange.

Dig. IV, 2. Quod metus causa gestum erit. *Cod.* II, 20. De his, quae vi metusve causa gesta sunt.

§. 279.

Mit dem Zwange (§. 129) verhält es sich auf ähnliche Art wie mit dem Betruge. Eine ungerechter Weise erzwungene Handlung ist entweder vollkommen nichtig, oder sie unterliegt der Anfechtung von Seiten des Gezwungenen. Dieser bedient sich wieder entweder der gewöhnlichen Rechtsmittel, oder er verlangt in integrum restitutio, die dann entweder das verlorne Recht direct wieder herstellt, oder durch actio und exceptio bewirkt wird. Was I. die gemeinschaftliche Natur der Klage (quod metus causa actio) und exceptio betrifft, so ist sie, und dadurch unterscheidet sie sich von der doli obligatio, in rem scripta, d. h. sie geht nicht bloß gegen den Zwingenden, sondern auch gegen jeden Dritten, in dessen Vermögen das Abgezwungene übergegangen ist. Gegen den Zwingenden insbesondere geht die Klage ohne Rücksicht darauf, ob er besitzt oder nicht, auf das volle Interesse, und ist daher eine Klage ex maleficio. Gegen den Dritten geht sie, soweit das Abgezwungene sich noch in dessen Vermögen befindet, ohne Unterschied ob er bereichert ist oder nicht. Die exceptio ist in diesen Eigenschaften der Klage ganz gleich. — Was II. die besondere Natur der Klage betrifft, so ist sie arbitraria. Versteht sich der Beklagte auf die richterliche Aufforderung nicht zur Restitution, so wird er auf das Vierfache condemnirt, worin das Einfache als Ersatz liegt. In dieser Art dauert die Klage nur einen utilis annus. Nachher soll sie nur causâ cognitâ und nur auf das Einfache stattfinden. Auf die Nachfolger des Gezwungenen wird sie unbedingt vererbt, auf die Nachfolger des Beklagten, so weit sie als in rem scripta gegen jeden Dritten stattfindet. So weit sie aber actio ex delicto ist, geht sie nur gegen die Erben, insofern und so weit diese bereichert sind.

C. Von den Interdicten.

Caj. IV, 138—170. *Paul.* V, 6. *Inst.* IV, 15. *Dig.* XLIII, 1. *Cod.* VIII, 1. De interdictis.

1. Begriff und Eintheilung der Interdicte.

§. 280.

Interdict (§. 117.) heißt ursprünglich ein unmittelbarer, bedingter Befehl des Prätor. Ein solcher Befehl fand nur statt, wenn das Unrecht Desjenigen, an den er gerichtet war, wirklich oder scheinbar, sich auf den ersten Blick herausstellte. Weigerte sich jedoch derselbe, diesem Befehle zu gehorchen, so wurde nun ein förmliches und ordentliches Verfahren gegen ihn eingeleitet. Indessen hieß nicht bloß der Befehl interdictum, sondern man nannte auch das Gesuch um einen solchen Befehl Interdict. Da in der spätern Zeit der getheilte judiciorum privatorum ordo aufgehört hat, so unterscheidet sich auch interdictum von actio im Justinianischen Rechte formell nicht mehr; materiell dagegen sind die Interdicte ausgezeichnet als Rechtsmittel, welche gegen gewisse rechtswidrige Handlungen gerichtet sind, weßhalb sie auch hier zu den Obligationen aus widerrechtlichen Handlungen gestellt werden. — Die Interdicte werden eingetheilt I. in *prohibitoria*, *restitutoria* und *exhibitoria*, je nachdem sie auf Unterlassung einer Handlung oder auf Wiederherstellung eines Zustandes oder Verhältnisses, oder endlich auf Herausgabe einer Person oder Sache gerichtet sind. II. In possessorische und nicht-possessorische. Die wichtigste Anwendung von den Interdicten findet sich nämlich im Besitze. Der Besitz, obgleich ein bloß factisches Verhältniß, ist durch Interdicte geschützt. Jede Verletzung desselben, wenn sie in einer gewissen Form erscheint, erzeugt als Rechtsmittel das Interdict, gleichviel ob der Besitz mit dem Rechte verbunden ist oder nicht. Diese nothwendige Form der Verletzung wird mit vis, clam, precarium bezeichnet. Ist der Besitz vollkommen gestört, so sind die Rechtsmittel recuperandae possessionis interdicta; ist er nur bedroht, so sind die Rechtsmittel retinendae possessionis interdicta. Sie

haben das Charakteristische, daß sie lediglich des Besitzes wegen stattfinden und auf diesen sich gründen. Daher sollte man sie auch ausschließlich possessorische Interdicte nennen; allein gewöhnlich begreift man unter diesen auch noch die adipiscendae possessionis interdicta, d. h. die auf Erlangung eines noch nicht gehabten Besitzes gerichteten Rechtsmittel, obgleich diese ein Recht zu besitzen vorauszusetzen, und daher nicht eigentlich possessorische Interdicte sind. — Die meisten Interdicte haben übrigens ihre Namen von den Anfangsworten desjenigen Theiles des prätorischen Edicts, in welchem sie gestattet sind. So heißt uti possidetis so viel als: interdictum ex ea parte edicti sumptum, quae incipit: *uti possidetis*.

2. Einzelne Arten der Interdicte.

a) Possessorische.

A) Recuperandae possessionis interdicta.

Caj. IV, 154. 155. *Paul.* V, 6, 3—8. §. 6. Inst. h. t. *Dig.* XLIII, 16. De vi. *Cod.* VIII, 4. Unde vi. 5. Si per vim etc. l. 7. §. 5. D. comm. divid. (10. 3.). — *Dig.* XLIII, 26. *Cod.* VIII, 9. De precario.

§. 281.

Daß sich Jemand in den Besitz einer Sache setzt, ist natürlich an sich keine Rechtsverletzung. Wenn er es aber unter gewissen Umständen gethan hat, entweder gewaltsam oder heimlich, oder den Besitz, den er nur bittweise erhalten hatte, auf die Rückforderung des Verleihers nicht aufgeben will, so sind die recuperandae possessionis interdicta begründet. Dahin gehört nun I. das *unde vi*, welches Demjenigen zusteht, der gewaltsam aus dem Besitz einer Sache gesetzt wurde, gegen den Entsetzenden oder Denjenigen, mit dessen Willen die Entsetzung vorgenommen wurde, aber auch gegen Jenen, welcher sich eines durch Abwesenheit verlornen Besitzes bemächtigte. Es ist gerichtet auf Wiedererlangung des Besitzes und Leistung des vollen Interesse. Gegen die Erben des Entsetzenden geht es, so weit sie bereichert sind, oder so weit sie arglistig den Besitz aufgegeben haben; gegen den sg. Singularsuccessor findet es nicht

statt. Das Interdict dauert dreißig Jahre, wenn die Leute eines Abwesenden entsetzt wurden, und insofern es auf die Bereicherung gerichtet ist; sonst dauert es nur einen utilis annus. — Uebrigens dient dieses Interdict auch zur Wiedererlangung der juris quasi possessio, wenn von persönlichen Servituten die Rede ist, nicht aber bei praediorum servitutes. Gegen Personen, denen man Ehrfurcht schuldig ist, kann nur statt des Interdicts eine in factum actio gebraucht werden. II. Das *de clandestina possessione*, welches im ältern Rechte gegen Denjenigen nothwendig war, welcher sich heimlich in den Besitz einer unbeweglichen Sache gesetzt hatte, kann im Justinianischen Rechte nicht mehr vorkommen, weil ein solches heimliches Eindringen den Besitz der unbeweglichen Sachen nicht mehr aufhebt. III. Das *de precario*. Precarium heißt der bloß auf Bitten widerruflich überlassene Besitz. Weigert sich der Besitzer oder dessen Erbe, dem Widerrufe zu folgen, so findet gegen ihn dieses Interdict statt auf Herausgabe des Besitzes und auf volles Interesse, welches erhöht wird durch die Pflicht, von Anstellung der Klage an auch levis culpa zu prästiren. Hat der Besitzer den Besitz dolos aufgegeben, so geht gegen die Erben desselben das Interdict nur, so weit sie bereichert sind.

B) Retinendae possessionis interdicta.

Caj. IV, 148—152. *Paul.* V, 6, 1. §. 4. Inst. h. t. *Dig.* XLIII, 17. *Cod.* VIII, 6. Uti possid. *Dig.* XLIII, 31. Utrubi. 18. De superf. 23. De cloac 19. De itinere actuque priv. 20. De aqua cottid. et aest. 21. De riv. 22. De font.

§. 282.

Der Zweck dieser Interdicte ist Schützung eines gewaltsam gestörten, aber nicht aufgehobenen juristischen Besitzes. Ausserdem gehen sie auf vollen Schadensersatz und auf eine Sicherheitsleistung gegen künftige Störung, zuweilen auch auf Entscheidung der Frage, wer von Beiden, ob der Kläger oder der Beklagte, Besitzer sey, und insofern erscheinen sie als Vorbereitung und Hülfsmittel für die Eigenthumsklage und sind duplicia (§. 119.

Not. *a.*). Es giebt zwei allgemeine Interdicte dieser Art — das *uti possidetis* zum Schutze des Besitzes von Grundstücken und das *utrubi* für Mobilien. Beide stimmen darin überein, daß die Einrede einer vitiosa possessio geltend gemacht werden kann, d. h. die Einrede, daß der Kläger dem Beklagten den Besitz gewaltsam oder heimlich entrissen habe, oder precario besitze, worauf der Kläger zu condemniren ist. Hinsichtlich der Verjährung erlischt das Interdict uti possidetis, so weit es auf Schadensersatz geht, in einem Jahre, so weit es auf Bereicherung gerichtet ist, erst in dreißig Jahren. — Uebrigens finden diese Interdicte auch für den Emphyteuta und Faustpfandgläubiger unbedingt statt, weil diese juristischen Besitz haben (§. 192. 201). Für die superficies existirt ein eignes Interdict de superficiebus, welches die Natur des uti possidetis hat. Bei persönlichen Servituten finden die beiden allgemeinen Interdicte statt; bei praediorum servitutes, wenn sie negativ sind, oder als affirmative in unmittelbarer Verbindung stehen mit dem herrschenden Grundstücke, eben so das uti possidetis. Nur bei der servitus cloacae findet ein eignes Interdict de cloacis statt, welches noch das Besondere hat, daß die Einrede einer vitiosa possessio nicht gehört wird. Für affirmative Servituten, welche in einem von dem herrschenden Grundstücke unabhängigen Handeln des Berechtigten bestehen, kommen in den Quellen einige besondere Interdicte de itinere actuque privato, de aqua quotidiana et aestiva, de rivis, de fonte vor, welche im Allgemeinen mit dem uti possidetis übereinstimmen, aber auch noch manches Eigne haben. Ob ausserdem für die übrigen affirmativen Prädialservituten der zuletzt bezeichneten Art das allgemeine uti possidetis Anwendung finde, ist streitig.

C) Adipiscendae possessionis interdicta.

Caj. IV, 144—147. §. 3. Inst. h. t. *Dig.* XLIII, 33. De Salviano interdicto. *Cod.* VIII, 9. De precario et Salviano interdicto. — *Dig.* XLIII, 4. Ne vis fiat ei, qui in possessionem missus erit.

§. 283.

Zu den auf die Erlangung des Besitzes gerichteten Inter-

dicten gehört 1) das *Quorum bonorum* (§. 469). 2) Das *Quod legatorum* (§. 472). 3) Das *Salvianum interdictum*, welches dem Verpächter eines fruchttragenden Grundstückes, wenn das Pachtgeld nicht gehörig entrichtet wird, auf Erlangung des Besitzes der ihm durch Vertrag verpfändeten Sachen oder Condemnation in das Interesse zusteht. Es geht gegen jeden Besitzer der verpfändeten Sache und ist nicht wie Serviana actio (§. 206. Not. *a*) auf andere Fälle ausgedehnt. 4) Das hier nicht zu erörternde *interdictum fraudatorium*. 5) Bald adipiscendae, bald retinendae, bald recuperandae possessionis ist das Interdict *ne vis fiat ei, qui in possessionem missus erit*, indem dasselbe überhaupt zum Schutze des durch eine missio in possessionem (§. 151) zu erlangenden, oder dadurch schon erlangten und nur gestörten, oder wieder verlornen Besitzes stattfindet. Im Allgemeinen stimmt dieses Interdict, welches die Quellen abwechselnd auch in factum actio nennen, mit den übrigen überein, namentlich geht es auf vollen Schadensersatz und gegen die Erben nur auf die Bereicherung; der Beklagte aber kann sich wirksam auf eine rechtswidrige missio berufen und seine Freiheit von Arglist zur Entschuldigung benützen. Das Rechtsmittel verjährt in einem utilis annus.

b) Nichtpossessorische Interdicte.

Dig. XLIII, 27. De arboribus caedendis. 28. De glande legenda. 32. De migrando.

§. 284.

Die nichtpossessorischen Interdicte gehen auf sehr verschiedenartige Verhältnisse. Zum Schutze gegen schädliche Bäume des Nachbarn kann letzterer aufgefordert werden, dieselben, wenn sie an Gebäude hinhängen, ganz abzuhauen, wenn sie ein fruchttragendes Grundstück beschatten, quindecim pedes a terra altius zu bekappen. Will er dieß nicht, so darf der bedrohte Nachbar es selbst thun und das Holz für sich behalten, wobei er sich gegen Störungen mit dem *interdictum de arboribus caedendis* schützt. Mit dem interdictum *de glande legenda* schützt sich der Grundbesitzer gegen seinen

Nachbar, der ihn an dem Auflesen der übergefallenen Früchte, das ihm je um den dritten Tag zusteht, hindert. Das interdictum *de migrando* steht dem Hausmiether, wenn er das Miethgeld entrichtet hat, gegen den Vermiether zu, der ihn nicht frei will abziehen lassen. Andere werden gelegentlich vorkommen (§. 295. 335). Noch andere schlagen in das öffentliche und namentlich in das Polizeirecht ein, wie die bei res divini juris, bei öffentlichen Orten, bei öffentlichen Wegen und Flüssen vorkommenden. — Zwei Rechtsmittel dieser Art sind hier besonders auszuheben, das Interdict *quod vi aut clam* und die *operis novi nunciatio*.

A) Quod vi aut clam.

Dig. XLIII, 24. Quod vi aut clam.

§. 285.

Dieses Interdict findet gegen Denjenigen statt, welcher, gleichviel ob er dazu berechtigt ist oder nicht, gewaltsam, d. h. hier wenigstens gegen den Widerspruch eines Andern, welcher auch symbolisch durch jactus lapilli geschehen kann, oder mit absichtlicher Verheimlichung, um einem Widerspruche zu entgehen, Neuerungen an einer res soli vornimmt, und dadurch dem Andern einen bleibenden Nachtheil zufügt. Der Kläger muß bei dem Unterbleiben der Handlungen interessirt seyn, gleichviel ob aus einem persönlichen oder dinglichen Rechte, gleichviel ob er besitzt oder nicht. Beklagter ist nicht nur der Thäter selbst, habe er in Person oder durch Andere gehandelt, sondern auch dessen Erbe, ja jeder Besitzer der Sache. Der Zweck des Interdicts ist, wenn es gegen den besitzenden Thäter gerichtet ist, Wiederherstellung des vorigen Zustandes und Leistung des Interesse, wenn es gegen den nicht besitzenden Thäter gerichtet ist, bloß Leistung des Interesse, wo dann also die obligatio ganz als ex maleficio entstanden erscheint. Wird gegen den Erben des Thäters geklagt, so ist das Interdict nur auf dessen Bereicherung aus der Handlung des Erblassers gerichtet. Wird gegen den dritten Besitzer geklagt, so ist der Zweck nur der, daß der Beklagte die Wiederherstellung des frühern Zu-

standes auf Kosten des Klägers leide. Kann der Thäter nachweisen, daß er die Handlung zur Rettung seiner Sachen habe vornehmen müssen, oder daß die Handlung nur deßhalb gewaltsam oder heimlich vorgenommen wurde, weil der Kläger vorher die entgegengesetzte Handlung gewaltsam oder heimlich vorgenommen hatte, so schützen ihn diese Einreden gegen das Interdict. Die Verjährungszeit ist unter manchen Modificationen ein Jahr vom Augenblicke der vollendeten oder unterlassenen Handlung an *a*).

B) Operis novi nunciatio.

Dig. XXXIX, 1. *Cod.* VIII, 11. De operis novi nunciatione.

§. 286.

Von großer Aehnlichkeit mit dem eben genannten Rechtsmittel ist die operis novi nunciatio, d. h. die wörtliche oder thätliche Protestation, welche gegen das Bauen oder Niederreißen eines Werkes an einer res soli gerichtet ist *a*). Berechtigt dazu ist Jeder, welcher entweder Eigenthum oder ein anderes dingliches Recht zu haben behauptet, das durch das Werk beeinträchtigt wird. *b*). Ist das Werk dem öffentlichen Interesse zuwider, so ist Jeder aus dem Volke zur Protestation berechtigt. Fährt der Arbeitende in seinem Werke dennoch fort, so kann der Protestirende ein Interdict geltend machen, welches auf Wiederherstellung des vorigen Zustandes gerichtet ist. Die Wirkungen der nunciatio hören auf durch remissio, d. h. durch Erklärung des Gerichtes, daß die Protestation unwirksam seyn solle; ferner durch Leistung von Caution durch Bürgen wegen des künftigen Schadensersatzes, durch den Tod des Protestirenden, nicht aber des Arbeitenden, durch Veräusserung des Grundstücks,

a) L. 15. §. 3–6. D. h. t.

a) Die nunciatio ist gegen futura opera im Edict eingeführt (adversus ea quae nondum facta sunt, ne fiant); ist ein Werk schon vollführt, so ist dagegen das Interdict quod vi aut clam auf Wegnahme gerichtet.

b) Der Usufructuar kann nur procuratorio nomine, also nicht gegen den Eigenthümer nunciiren.

weßwegen die Protestation geschah, von Seiten des Protestirenden, nicht aber durch Veräusserung von Seiten des Arbeitenden. Eine Verjährung gibt es hier im Justinianischen Rechte nicht mehr.

Drittes Capitel.

Obligationes ex variis causarum figuris.

I. Obligationes quasi ex contractu.

Inst. III, 27. (28.). De obligationibus (, quae) quasi ex contractu (nascuntur).

A. Negotiorum gestorum obligatio.

Paul. I, 4. §. 1. Inst. h. t. *Dig.* III, 5. *Cod.* II, 19. De negotiis gestis.

§. 287.

Diese Obligation hat große Aehnlichkeit mit der aus dem mandatum entstehenden (§. 257). Sie fordert nämlich wie diese die freiwillige Uebernahme eines fremden Geschäftes, aber ohne Auftrag und in der Absicht, den Herrn des Geschäftes zu obligiren (negotia gesta, negotiorum administratio, auch defensio, jetzt gewöhnlich: negotiorum gestio). Eine Genehmigung verwandelt indessen dieses Geschäft niemals rückwärts in ein Mandat. Erhält aber Jemand von einem Dritten den Auftrag, das Geschäft eines Andern zu führen, so ist im Verhältniß zu Jenem ein Mandat, im Verhältniß zu Letzterm ein negotiorum gestio vorhanden. Hat der Herr des Geschäftes (dominus rei gestae) die gestio verboten, so ist zwar der Geschäftsführer (negotiorum gestor), nicht aber Jener verpflichtet. Hat der Geschäftsführer donandi animo, oder überhaupt nicht in der Absicht gehandelt, den Herrn des Geschäfts zu verpflichten, so ist die negotiorum gestorum obligatio nicht vorhanden; daher auch dann nicht, wenn der Geschäftsführer das fremde Geschäft für sein eignes hielt, wohl aber dann immer, wenn er glaubt, das Geschäft des Einen zu führen, während er jenes eines Andern besorgt, oder wenn er irrig glaubt, einen Auftrag erhalten zu haben. — Die Klage, welche aus dieser Geschäftsführung entspringt, ist die negotiorum gestorum

actio, welche, wenn sie der Herr des Geschäfts anstellt, directa, wenn sie der Geschäftsführer anstellt, contraria ist, wobei die nämlichen Grundsätze gelten wie beim Mandat. Indessen haftet der negotiorum gestor ausnahmsweise zuweilen nur für lata culpa, zuweilen selbst für casus. In einer Genehmigung von Seiten des Geschäftsherrn liegt in der Regel Entlassung von aller Verantwortlichkeit für culpa. Hat der gestor Geld veruntreut, so zahlt er die höchsten Zinsen; sonst ist er für die Zinsen verpflichtet, die er hätte gewinnen können. Die contraria neg. gest. actio hat hier auch noch das Eigenthümliche, daß sie nur stattfindet, wenn das Geschäft utiliter übernommen ist, d. h. wenn in der Uebernahme für den Geschäftsherrn ein Vortheil lag; der Erfolg ist gleichgültig. — Nur eine Art der Geschäftsführung ist die Besorgung eines Begräbnisses für Denjenigen, welcher dazu aus besondern Gründen verpflichtet war *a*). Wegen der (im Concurs privilegirten) Forderung für die Auslagen hat der Besorgende gegen den Verpflichteten die funeraria actio *b*).

B. Sg. communio incidens.

Caj. IV, 42. *Ulp.* XIX, 16. *Paul.* I, 18. §. 3. 4. Inst. h. t. *Dig.* X, 1. Finium regund. 2. Famil. ercisc. 3. Comm. divid. *Cod.* III, 36. Famil. ercisc. 37. Comm. divid. 38. Communia utriusque judicii tam fam. ercisc., quam comm. divid. 39. Fin. regund.

§. 288.

Wie die negotiorum administratio mit dem Mandat, so hat die sg. communio incidens mit der societas Aehnlichkeit. Man versteht darunter die Gemeinschaft von Rechten zwischen mehreren Personen, welche anders, als durch Vertrag entstanden ist. Jeder der mehreren Mitberechtigten kann auf Theilung antragen, und diese Theilung, welcher selbst durch Vertrag

---

a) *Paul.* I, 21. §. 10. *Dig.* XI, 7. De religiosis et sumptibus funerum, et ut funus ducere liceat.

b) In Justinians Institutionen folgt auf die negotia gesta die obligatio aus der tutela als obligatio quasi ex contractu. Davon wird jedoch erst §. 361. ff. die Rede seyn.

nicht entsagt werden darf, kann in einen beliebigen Vertrag eingekleidet werden, wobei dann die besondern Grundsätze dieses Vertrags zur Anwendung kommen; auch kann derselbe ganz nach allgemeinen Grundsätzen, z. B. wegen Betrug, Zwang u. s. f. angefochten werden, und wenn er Kaufvertrag ist, auch wegen der Verletzung über die Hälfte. Weigert sich Einer der Theilhaber gegen die Theilung, so tritt richterliche Theilung ein, auf welche die Theilungsklagen gerichtet sind. Im römischen Rechte kommen drei Theilungsklagen vor (sg. judicia divisoria), welche den gemeinschaftlichen Zweck haben, daß eine Auseinandersetzung durch den Richter vorgenommen werde. Dieser hat dabei zunächst auf den Willen, und wenn Dieß nicht möglich ist, auf den gemeinschaftlichen Vortheil der Parteien zu sehen. Dabei hat der Richter sehr freie Hand; namentlich entsteht und erlischt durch sein Urtheil (adjudicatio §. 163) Eigenthum. Sodann sind diese Klagen mixtae actiones, weil jeder Theil Kläger und Beklagter seyn, also auch Jeder condemnirt werden kann. Uebrigens ist der Besitz weder auf Seite des Klägers noch auf Seite des Beklagten nothwendig. Läugnet indessen der Beklagte das theilweise Recht des Klägers, so kommt, wenn er besitzt, sein Recht an sich mit zur Entscheidung; besitzt er aber nicht, so muß er sich zuerst der in dem Rechte liegenden Klage bedienen, und kann dann erst auf Theilung klagen. Deßhalb sind auch diese Theilungsklagen keineswegs in dem Sinne mixtae actiones, daß sie zugleich in rem und zugleich in personam actiones wären (§. 119). — So weit die Klagen auf Theilung gerichtet sind, sind sie keiner Verjährung unterworfen, wohl aber so weit sie auf Nebenleistungen gehen. — Was nun die Klagen im Einzelnen betrifft, so ist 1) die allgemeinste die *communi dividundo actio*, gerichtet auf Theilung gemeinschaftlicher körperlicher Sachen und dinglicher Rechte. Dabei geht die Klage zugleich auf Condemnation wegen persönlicher Leistungen, als Communication der Früchte, Ersatz der Verwendungen, Ersatz des Schadens, welcher durch dolus und culpa veranlaßt ist, wo-

bei die nämliche Modification der levis culpa vorkommt, wie bei der societas. 2) Die *familiae erciscundae actio*, gerichtet auf Theilung einer gemeinschaftlichen Erbschaft (§. 467). 3) Die *finium regundorum actio*, gerichtet auf Aufsuchung der wahren oder Regulirung neuer Gränzen zwischen praediis rusticis, wobei gleichfalls Nebenleistungen vorkommen können *a*).

C. Von den Condictionen.

1) Allgemeine Natur derselben.

§. 15. Inst. de act. (4. 6.). *Dig.* XII, 1. De reb. cred., si cert. pet., et de *condictione*.

§. 289.

Es giebt eine Reihe von stricti juris actiones, welche Vorzugsweise condictio genannt werden (§. 119) und entweder aus einem wirklichen Vertragsverhältnisse oder quasi ex contractu entstehen. Des Zusammenhangs wegen sollen sie hier neben einander aufgeführt werden. Ihr gemeinschaftliches Merkmal besteht darin, daß aus dem Vermögen des Einen in das des Andern Etwas gekommen war, welches wieder in das erstere zurückkehren soll. Jener Uebergang konnte entweder durch ein dare, oder durch ein obligare, oder endlich durch ein liberare geschehen seyn. Je nachdem Eines oder das Andere der Fall war, geht die condictio Beziehungsweise auf ein reddere, auf ein liberare oder auf ein Wiederherstellen der alten Obligation. Damit aber die condictio überhaupt begründet sey, muß der erste Uebergang in das Vermögen eines Andern in juristischer Absicht geschehen seyn (ob causam). Wo daher kein juristischer Uebergang stattfand, wie bei der usucapio, da fällt ohnedieß die condictio hinweg; eben Dieß ist der Fall, wo die Absicht keinen juristischen Charakter hatte. Das Juristische liegt nun z. B. in der solvendi causa, und diese beruht entweder auf

a) In den Institutionen folgt auf die Theilungsklagen die obligatio zwischen dem Erben und den Legataren, welche durch Antretung der Erbschaft entsteht, und als quasi ex contractu dargestellt ist. Doch wird davon erst §. 472 die Rede seyn können.

einem Contract, oder auf einem Irrthume, oder endlich auf einer turpitudo. Die causa ist ferner entweder eine futura, oder eine praesens, oder eine praeterita, und hierauf beziehen sich die Bezeichnungen: causa data, causa non secuta — sine causa. —

2. Einzelne Condictionen.

a) Condictio causa data (dati), causa non secuta.

Dig. XII, 4. De condictione causa data, causa non secuta. *Cod*. IV, 6. De condictione ob causam datorum.

§. 290.

Diese Art der condictio, welche auch ob causam datorum heißt, beruht darauf, daß Jemand einer futura causa wegen, die honesta seyn muß, Etwas entweder durch Geben oder Handeln geleistet hat, die causa aber in der Folge nicht eingetreten ist. Die Anwendung dieser Art der condictio auf unbenannte Contracte ist schon vorgekommen (§. 250). Andere Anwendungen finden sich bei der Ehe, wenn Jemand einer künftigen Ehe halber Leistungen gemacht hat, und diese Ehe nun nicht eingegangen wird.

b) Condictio sine causa.

Dig. XII, 7. De condictione sine causa. *Cod*. IV, 9. De condictione ex lege et sine causa, vel injusta causa.

§. 291.

Diese Art der condictio findet statt, wenn aus irgend einer irrig für vorhanden gehaltenen causa praeterita oder praesens eine Leistung stattgefunden hat, aber auch dann, wenn Jemand sich, ohne dazu berechtiget zu seyn, aus dem Vermögen des Andern bereichert hat. Anwendungen hievon finden sich 1) wenn von Jemanden der Werth einer fremden Sache, die dieser verloren hatte, geleistet worden war, und der Eigenthümer später die verlorne Sache wieder erhalten hat; 2) wenn Jemand, ohne Zahlung erhalten zu haben, einen Schuldschein oder eine Quittung ausgestellt hat (§. 259. 237); 3) gegen den malae fidei possessor auf Ersatz der consumirten Früchte; 4) bei der accessio und sg. specificatio (§. 172. 165), wenn auf andere

Weise vom Bereicherten Entschädigung nicht zu erlangen ist; endlich 5) bei der irrigen Erfüllung einer Nichtschuld, wo dann die Klage *indebiti condictio* heißt.

Von der indebiti condictio insbesondere.

§. 1. Inst. quib. mod. re contrah. obl. (3. 14. [15.]) §. 6. 7. Inst. h. t. *Dig.* XII, 6. *Cod.* IV, 5. De condictione indebiti.

§. 292.

Diese Klage hat folgende Erfordernisse: A) Es muß wirklich auf gültige Weise erfüllt seyn. Die Erfüllung kann hier wieder eben sowohl in einem dare, als in einem obligare und liberare bestehen. B) Die vermeintliche Schuld kann möglicher Weise nicht existiren, 1) entweder weil sie von Anfang an nicht vorhanden war, oder weil sie in der Folge ganz aufgehört hatte, gleichviel ob ipso jure oder per exceptionem. Es ist daher keineswegs Erfüllung einer Nichtschuld, wenn die obligatio eine naturalis war, wenn vor dem bestimmten Tage gezahlt ist, und wenn durch richterliches Urtheil oder Vergleich die Nichtschuld zur Schuld geworden war. 2) Die vermeintliche Schuld kann möglicher Weise nicht existiren, weil die Leistung nicht gerade jene war, zu der der Schuldner verpflichtet ist, wenn z. B. der Schuldner eine bestimmte species zu geben sich für verpflichtet hielt, während seine Verpflichtung nur auf das genus gieng, oder wenn er als Schuldner in einer alternativen Obligation beide Gegenstände geliefert hatte, oder auch nur einen, indem er diese Eigenschaft seiner Verpflichtung verkannte. C) Die Erfüllung muß in der Regel nothwendig auf einem Irrthume beruhen, sey dieser error facti oder ein entschuldbarer error juris. War Jemand über die Existenz seiner Schuld im Zweifel, so findet die condictio nicht statt. D) In der Regel hat der Kläger sowohl die Erfüllung als die Nichtexistenz der Schuld zu erweisen. Hatte jedoch der Beklagte die Erfüllung geläugnet, so muß er, wenn diese erwiesen ist, nun die Existenz der Schuld darthun, und eben Dieß ist der Fall, wenn Minderjährige, Bauern, Weiber, Soldaten und Einfältige die condictio anstellen. — Die bei der indebiti condictio vorkommenden

Verbindlichkeiten sind, wie im Allgemeinen, entweder auf ein reddere oder ein liberare oder die Wiederherstellung einer Obligation gerichtet. Ist insbesondere das Erstere der Fall, so muß der Beklagte die Sache cum omni causa, jedoch ohne Zinsen herausgeben. Ist die Sache untergegangen, so haftet der Beklagte, wenn er die Erfüllung mala fide angenommen hatte, für das volle Interesse, im entgegengesetzten Fall aber nur, so weit er noch bereichert ist. —

c) Condictio ob turpem vel injustam causam.

Dig. XII, 5. De condict. ob turp. vel injust. caus. *Cod.* IV, 7. De cond. ob turp. caus. 9. De cond. ex lege et sine causa, vel injusta causa.

§. 293.

Die condictio ob *turpem* causam findet gegen Denjenigen statt, der Etwas eines schändlichen Zweckes halber angenommen hat, auf Zurückgabe des Geleisteten, vorausgesetzt, daß der Geber durch die Leistung nicht ebenfalls schändlich handelte. Ob der Leistende im Irrthum war oder nicht, ob die causa eingetreten ist oder nicht, ist gleichgültig. Von dieser condictio unterscheidet sich die ob *injustam* causam dadurch, daß letztere gegen Denjenigen stattfindet, der Etwas wegen einer bereits ausgeführten schändlichen Handlung erhielt, oder einen widerrechtlichen Erwerb gemacht hat.

d) Condictio furtiva.

Caj. IV, 4. §. 14. Inst. de act. (4. 6.). *Dig.* XIII, 1. *Cod.* IV, 8. De condictione furtiva.

§. 294.

Diese Art der condictio weicht insofern von der allgemeinen Natur der condictio ab, als beim furtum (§. 274) kein Uebergang aus dem Vermögen des Einen in jenes des Andern stattgefunden hat. Der Zweck der Klage, welche jedem Bestohlenen, sofern er ein Interesse dabei hat, nicht bestohlen worden zu seyn, gegen den Dieb und dessen Erben zusteht, ist Restitution des Gestohlenen, Ersatz des Werthes und Leistung des vollen Interesse, wobei es keinen Unterschied macht, ob das Gestohlene durch

Zufall oder durch culpa zu Grunde gieng, weil der Dieb durch das furtum selber in mora ist (mora ex re §. 215). Restituirt der Dieb freiwillig, oder bietet er die Restitution gehörig an, so cessirt die condictio furtiva. *a*) —

D. Ad exhibendum actio.

Dig. X, 4. *Cod.* III, 42. Ad exhibendum.

§. 295.

Exhibere heißt im juristischen Sinne Jemanden die Möglichkeit verschaffen, in ein unmittelbares räumliches Verhältniß zu einer beweglichen Sache zu treten. Wer nur immer rechtlich dabei interessirt ist, also eben sowohl durch ein persönliches als ein dingliches Recht, daß ihm eine Sache exhibirt werde, der kann gegen Jeden die Forderung durch die ad exhibendum actio, welche in rem scripta ist, geltend machen, wenn diesem die Exhibition möglich ist. Das rechtliche Interesse muß aber nicht bloß bei der Anstellung der Klage vorhanden seyn, sondern auch noch zur Zeit der Condemnation des Beklagten. Beklagter ist jeder Inhaber der Sache und auch Derjenige, qui dolo desiit possidere, wo dann die Condemnation auf Schadensersatz geht. Besitzt der Beklagte zur Zeit der Anstellung der Klage noch nicht, erhält er aber später den Besitz, so ist die Klage doch wirksam, wie im Gegentheile die Klage wegfällt, wenn der Beklagte nach der Einlassung ohne Arglist zu besitzen aufhört. Die Klage, welche auf Exhibition oder Ersatz gerichtet ist, geht weder auf den Erben noch gegen den Erben über, ausser soweit letzterer bereichert ist, wenn der Erblasser arglistig gehandelt hatte. Kann die Exhibition nicht sogleich erfolgen, so muß der Beklagte für die künftige Caution bestellen. Wegen eines dolus des Beklagten hat der Kläger das in litem jus-

---

a) Bei allen sonst noch vorgekommenen Arten der condictio ist die allgemeine Natur derselben, wie sie im §. 289 dargestellt ist, leicht anzutreffen, namentlich bei der certi condictio (ex mutuo) (§. 247) und eben so bei der certi condictio ex stipulatu, obgleich bei der letzteren für die Benennung condictio nur ein historischer Grund stattfindet (§. 258. not. *c*.).

jurandum. Die Klage ist ausserdem arbitraria actio. Praktisch wichtig ist ihr Zusammenhang mit der rei vindicatio, indem letztere häufig durch diese Klage unnöthig wird, weil der Kläger sein rechtliches Interesse und also auch sein Recht an die Sache darthun muß. — Die Pflicht zur Urkundenedition gehört in den Proceß. Ausserdem kommt noch ein Interdict vor *de tabulis exhibendis a*), welches Jeder hat, der einen letzten Willen vorgezeigt zu erhalten verlangt, wobei er sein Interesse gar nicht zu erweisen braucht, und ein Interdict *de libero homine exhibendo b*), welches von Jedermann gegen Denjenigen angestellt werden kann, der einen freien Menschen böslich in Gefangenschaft hält.

E. Lex Rhodia de jactu.

Paul. II, 7. *Dig.* XIV, 2. De lege Rhodia de jactu.

§. 296.

Der Satz, daß Diejenigen, deren Sachen bei einem Sturm aus dem Schiffe geworfen werden und dadurch untergehen oder doch Schaden leiden, wenn durch dieses Auswerfen das Schiff und die übrigen Sachen gerettet werden, Entschädigung pro rata fordern können, versteht sich von selbst; die Römer haben aber über diesen Punct noch eine lex Rhodia recipirt, nach welcher das Nämliche unter folgenden Bestimmungen gilt. Das Schiff muß durch das Auswerfen der Sachen aus der gegenwärtigen Gefahr gerettet seyn, gleichviel ob es in einer spätern untergeht oder nicht. Die Beschädigten haben den Anspruch nur gegen den Schiffer, nicht gegen die Eigenthümer der geretteten Sachen, aber jener hat gegen diese den Regreß. Hat der Schiffer aus Unkunde Sachen unnöthig ausgeworfen, so bleibt er allein verpflichtet. Die Berechnung geschieht in der Art, daß der Werth des Schiffes und alles Dessen, was sich darin befindet, mit Ausnahme der freien Menschen und der Eßwaaren, in Anschlag kommt, jedoch mit dem Unterschiede,

---

a) *Dig.* XLIII, 5. *Cod.* VIII, 7. De tabulis exhibendis.

b) *Dig.* XLIII, 29. De homine libero exhibendo.

daß die untergegangenen oder beschädigten Sachen nach ihrem Einkaufspreise, die geretteten aber nach dem möglichen Verkaufspreise taxirt werden; und nach dieser Taxation wird die Repartition des Schadens gemacht. Die Verpflichtung zum Ersatz ist nicht in solidum, sondern Jeder haftet nur für seinen Antheil. Eine Ausdehnung dieser Grundsätze auf andere Gefahren, wenn diese wirklich analog ist, liegt in der Natur der Sache, wie denn auch eine solche Ausdehnung auf den Fall, wo die Gefahr durch einen Ueberfall von Seeräubern entstanden ist, wirklich im römischen Rechte gemacht ist.

II. Obligationes quasi ex delicto.

Inst. IV, 5. De obligationibus, quae quasi ex delicto nascuntur.

A. Verpflichtung des Richters wegen eines ungerechten Urtheils.

Pr. Inst. h. t. *Dig.* L, 13. De extraordinariis cognitionibus, et si judex litem suam fecisse diceretur.

§. 297.

Spricht der judex absichtlich oder aus Unkenntniß des Rechts ein ungerechtes Urtheil, so hat die durch dasselbe verletzte Partei gegen ihn einen Anspruch auf Schadensersatz und auf eine Privatstrafe, welche durch das in litem jusjurandum bestimmt wird. Jedoch muß der verletzten Partei kein Rechtsmittel mehr möglich seyn.

B. Effusum et ejectum und positum et suspensum.

§. 1. 2. Inst. h. t. *Dig.* IX, 3. De his qui effuderint vel dejecerint.

§. 298.

Wird aus einem Zimmer Etwas auf eine gangbare Straße gegossen oder geworfen, so findet gegen den Bewohner desselben (gegen Mehrere in solidum) ohne Rücksicht darauf, ob er selber oder ein anderer die Handlung vorgenommen hatte, ob er ein persönliches oder dingliches Recht auf das Zimmer hat, im Fall ein freier Mensch getödtet wurde, eine Popularklage, d. h. eine Jedem aus dem Volke zustehende Klage, auf 50 aurei, wegen Verwundung eine Popularklage auf das

Interesse, wegen Beschädigung von Sachen eine Klage auf den doppelten Betrag des Schadens statt. — Hat Jemand über einer gangbaren Straße etwas aufgestellt oder gehängt, was durch Herabfallen Schaden verursachen könnte, so findet gegen ihn, so wie gegen Denjenigen, der Dieß wissentlich duldet, im Fall er es verbieten könnte, eine popularis actio auf Wegnahme der Gefahr drohenden Sache und auf eine Privatstrafe von zehn aureis statt.

C. Verpflichtung des Gast- und Stallwirthes und des Schiffers.

§. 3. Inst. h. t. *Dig.* XLVII, 5. Furti adv. nautas, caupones, stabularios.

§. 299.

Wird von den Leuten des Gast- oder Stallwirthes oder des Schiffers an Sachen des Reisenden ein furtum begangen, oder ihnen ein Schaden zugefügt, so findet gegen den Wirth und Schiffer eine Pönalklage quasi ex maleficio auf das Doppelte und eine Klage auf Schadensersatz statt. Diese Klage darf mit der de recepto nicht verwechselt werden (§. 261).

D. Noxa und pauperies.

Caj. IV, 75—79. *Paul.* II, 31. §. 7—9. I, 15. *Inst.* IV, 8. *Dig.* IX, 4. *Cod.* III, 41. De noxal. actionib. *Inst.* IV, 9. *Dig.* IX, 1. Si quadrupes pauperiem fecisse dicatur. *Dig.* II, 9. Si ex noxali causa agatur.

§. 300.

Unter den Obligationen, welche quasi ex delicto entstehen, können füglich noch die noxales actiones genannt werden. Es sind dieß diejenigen Klagen, durch welche gegen den Herrn eines Sclaven oder den Eigenthümer eines Thieres wegen eines Schadens *a*) geklagt wird, den der Sclave oder das Thier verursacht hat. Hiebei kann sich jedesmal der Beklagte frei machen, wenn er den Sclaven oder das Thier (noxa) als Ersatz des Schadens dem Beschädigten hingiebt (noxae dedere). Eine solche Noxal-

---

a) Jedoch darf es rücksichtlich des Eigenthümers kein damnum injuria datum seyn, sonst treten die §. 276 angegebenen Bestimmungen ein.

klage findet aber statt, 1) wenn der Sclave wider Willen oder Wissen des Herrn gegen Jemanden ein eigentliches Delict (noxia) begangen hat, und der Herr sich des Sclaven bemächtigen kann; 2) wenn das Thier gegen die Natur seiner Art, ohne gereizt zu seyn, den Schaden (pauperies) verursachte (noxalis actio mit dem Zusatze de pauperie). Hält Jemand ein reißendes Thier an gangbarer Straſſe, so kann er nach dem Edict der Aedilen wegen des durch dasselbe verursachten Schadens auf das Doppelte, im Fall ein freier Mensch verwundet wurde, auf das Interesse, und wenn er getödtet wurde, auf 200 solidos belangt werden.

Drittes Buch.
Familienrecht (Personenrecht).

Einleitung.

§. 301.

Die juristische Abhängigkeit der Personen, im alten Rechte das Charakteristische der Familienverhältnisse, hat sich im Justinianischen größtentheils verloren. Die manus und das mancipium sind verschwunden, und die potestas über die Hauskinder ist sehr modificirt; nur die potestas über Sclaven hat den alten Charakter beibehalten; die tutela und cura aber waren von Anfang an nicht eigentliche Familienverhältnisse, sondern können noch im Justinianischen Rechte, wie im frühern, als Surrogate der Familienbande angesehen werden, wiewohl sich bei ihnen der Natur der Sache nach das Verhältniß der juristischen Abhängigkeit erhalten hat.

Erstes Capitel.
Von der geschlechtlichen Verbindung zwischen Mann und Frau.

Erster Titel.
Von der Ehe.

I. Begriff der Ehe.

§. 1. Inst. de patr. pot. (1. 9.). l. 1. D. de ritu nupt. (23. 2.).

§. 302.

Die Lehre von der Ehe ist in den Institutionen Justinians gegen den juristischen Charakter, den dieses Institut im ganzen Justinianischen Recht offenbart, nur sehr gelegentlich, nämlich als Erwerbart der väterlichen Gewalt, vorgetragen. Allein wenn die Ehe auch als Ursache der väterlichen Gewalt erscheint, so kann sie deßhalb doch nicht blos als Mittel, dieselbe zu er-

werden behandelt werden. Denn die Ehe (nuptiae, matrimonium), an und für sich kein juristisches Institut, erscheint im Justinianischen Recht als die Verbindung zwischen einem Mann und einem Weibe, welche die ungetheilte Gemeinschaft des ganzen Lebens enthält. Ihr juristischer Charakter besteht darin, daß das Weib an dem Stand und Range des Mannes Antheil nimmt. Wo dieß fehlt, da ist keine Ehe vorhanden.

II. Eingehung der Ehe *a*).

Caj. I, 56—65. *Ulp.* V, 2—7. *Paul.* II, 19. *Collat.* VI. *Inst.* I, 10. De nuptiis. *Dig.* XXIII, 2. De ritu nuptiarum. *Cod.* V, 4. De nuptiis.

Einleitung.

§. 303.

Die Eingehung der Ehe beruht auf einem Vertrage. Die Wirksamkeit dieses Vertrags hängt zunächst von dem Daseyn der allgemeinen Erfordernisse eines jeden Vertrags ab *b*), sodann aber insbesondere theils von der juristischen Möglichkeit einer Ehe (connubium), sowohl an sich (absolute Erfordernisse) als zwischen gewissen Personen (relative Erfordernisse), theils von der Beobachtung jener Form, welche für die Eingehung rechtlich vorgeschrieben ist. Der Mangel eines jener Erfordernisse hat immer Ungültigkeit der Ehe zur Folge; daher ist er gleichbedeutend mit Ehehinderniß.

---

a) Ueber das ältere Recht: Hugo R. G. S. 154 ff. 491 ff. 914 f. Schweppe R. G. §. 395. 405—410. Zimmern R. G. §. 156. 157. 145—151.

b) Doch gelten im Justinianischen Rechte die Wirkungen, welche Zwang, Irrthum und Betrug bei obligatorischen Verträgen haben, nicht, indem eine hierdurch veranlaßte Ehe nach dem ältern Rechte vermöge der Scheidungsfreiheit einseitig wieder aufgehoben werden konnte, und eben deßhalb an sich gültig war. Nach den später gemachten Beschränkungen der Scheidung wäre indessen eine Anwendung der bei obligatorischen Verträgen geltenden Grundsätze auf die Ehe gewiß consequent gewesen.

A. Absolute Erfordernisse.

§. 304.

Wer überhaupt eine gültige Ehe eingehen will, muß 1) unverheirathet seyn. Die Bigamie macht die zweite Verbindung nicht nur nichtig, sondern hat immer Infamie zur Folge. 2) Er muß *pubes* seyn. Die von einem impubes eingegangene Verbindung ist keine Ehe, wird es aber mit dem Eintritt der pubertas. 3) Er darf nicht castrirt seyn; andere Arten der körperlichen Unfähigkeit machen die Ehe nicht ungültig. 4) Derjenige muß in die Ehe einwilligen, in dessen väterlicher Gewalt sich der zur Ehe Entschlossene befindet. Ist es der Großvater, so muß ausser ihm auch der Vater consentiren, wenn ein Enkel, nicht aber wenn eine Enkelin sich verehelichen will. Verweigert der parens seine Einwilligung ohne Grund, so kann der Richter ihn dazu zwingen. 5) Wenn auch die minderjährige Tochter sui juris ist, so muß der Vater doch einwilligen. Lebt in diesem Falle der Vater nicht mehr, so müssen die Mutter und die nächsten Verwandten einwilligen. Sind diese verschiedener Meinung, so entscheidet der Richter, und unter gleichen Umständen nach dem Wunsche der Tochter. Ist ein minderjähriges Frauenzimmer elternlos, so bedarf sie keiner fremden Einwilligung zu ihrer Verehelichung.

B. Relative Erfordernisse.

Cod. V, 6. De interdicto matr. int. pupillam et tut. s. curat. filiosq. eor.. 2. Si rector prov., vel ad eum pertin. spons. ded.. 7. Si quac. praedit. potest., vel ad eum pertin. etc. l. 6. cod. de jud. et coelic. (1. 9.). *Cod.* IX, 13. De raptu virg. etc. *Nov.* 143. *Nov.* 150. *Cod.* V, 5. De incestis et inutilib. nupt.

§. 305.

Relative Erfordernisse liegen nach Justinianischem Rechte 1) in der Civität beider Theile. 2) In den Vormundschaftsverhältnissen liegen Ehehindernisse. 3) Kein Provincialbeamter soll eine Provincialin heirathen. 4) Juden und Christen können sich nicht mit einander verehelichen. 5) Zwischen dem Gevatter und dem Pathen, 6) zwischen

dem Ehebrecher und der Ehebrecherin, 7) zwischen dem Entführer und der Entführten ist die Ehe verboten. Die Ehe ist 8) in gewissen Fällen der Verwandtschaft und Schwägerschaft verboten. Was hier zuvörderst a) die Blutsverwandtschaft betrifft, so hindert sie in gerader Linie die Eingehung der Ehe immer. In der Seitenlinie ist die Ehe im zweiten Grade, so wie in dem Fall eines sg. respectus parentelae (§. 89) unbedingt verboten, gleichviel ob die Verwandtschaft eine eheliche oder uneheliche, ob sie eine vollbürtige oder eine halbbürtige ist. Was b) die Schwägerschaft betrifft, so ist die Ehe in der geraden Linie immer verboten, ohne Rücksicht darauf, ob eine wirkliche Ehe oder nur eine Verlobung stattgefunden hatte, und das Verbot erstreckt sich auch auf die Ehe zwischen dem geschiedenen Gatten und dem später mit einem Andern gezeugten Stiefkinde, so wie selbst auf die Ehe des Stiefvaters oder der Stiefmutter mit dem zurückgelassenen Gatten des Stiefsohnes oder der Stieftochter. In der Seitenlinie ist nur der zweite Grad der Schwägerschaft ein Ehehinderniß *a*).

C. Wirkungen der Ehehindernisse.

Caj. I, 64. *Ulp.* V, 7. §. 12. Inst. h. t. (1. 10). l. 6. cod. h. t. (5. 5.)

§. 306.

Liegt in einer Verbindung kein Verstoß gegen eines der genannten Erfordernisse, so ist sie eine rechtmäßige Ehe (justae nuptiae, just. matrimonium). Ist Dieß aber der Fall, so ist die Ehe ipso jure nichtig und heißt im Allgemeinen Incest (incestae nuptiae, incestum matrimonium), wiewohl man im engern Sinn unter incestum matrimonium die Ehe versteht, welche gegen ein bestehendes Verwandtschafts- oder Schwägerschaftshinderniß geschlossen ist, welcher Incest jure gentium begangen wird, wenn Ascendenten und Descendenten oder Stiefeltern und Stiefkinder (personae, quae parentum, liberorumve locum inter se obtinent) sich heirathen, jure civili aber, wenn eine andere, gleichviel ob natürliche oder künstliche Verwandtschaft, oder die Schwägerschaft im Wege steht.

a) Ueber das Ehehinderniß a. d. Verwandtschaft durch Adoption s. §. 345.

D. Form der Eingehung.

L. 30. D. de R. J. (50. 17.).

§. 307.

Zur Eingehung der Ehe ist in der Regel nur die erklärte Absicht erforderlich. Der Anfang der Ehe wird gerechnet von dem Augenblicke, in welchem die Frau in das Haus des Mannes übertritt; daher kann die Ehe zwar mit einem abwesenden Manne, nicht aber mit einer abwesenden Frau eingegangen werden. Der Beischlaf ist nicht erforderlich. Im Zweifel wird, wenn die Frau ehrbar ist, die Eingehung der Ehe vermuthet. Als Beweismittel für eine wirklich eingegangene Ehe dienen die feierliche Einführung der Frau in das Haus des Mannes, die Formel liberorum quaerendorum causa (jedoch nur im Gegensatze zum Concubinat), und Ehepacten, d. h. die Verträge über die Vermögensverhältnisse der Ehegatten (dotalia instrumenta). Solche Ehepacten sind aber nach Justinians neuester Verordnung zur Eingehung der Ehe zwischen illustres personae durchaus nothwendig *a*).

D. Von den Sponsalien.

Paul. II, 19. §. 1. *Dig.* XXIII, 1. De sponsalibus. *Cod.* V, 1. De sponsalib., et arrhis sponsalitiis, et proxeneticis.

§. 308.

Verlöbniß (sponsalia) ist der Vertrag, dessen Gegenstand die künftige Eingehung der Ehe ist. Die Erfordernisse dieses Vertrags sind absolut und relativ die nämlichen wie für die Eingehung der Ehe; nur kann ihn auch schon der impubes, wenn er nicht infans ist, und der Provincialbeamte mit einer Provincialin eingehen. — Die Form der Erklärung des Consenses ist ganz gleichgültig. Die Wirkung des Vertrags ist nur sehr gering. Eine Klage auf Erfüllung ist nicht möglich; wer aber als schon Verlobter eine anderweitige Ehe eingeht, oder sich an einen Andern verlobt, wird infam. Die Kündigung (repudium) *a*)

---

a) *Nov.* 117. c. 4. 6.

a) *Dig.* XXIV, 2. De divortiis et repudiis. *Cod.* V, 17. De repudiis et judicio de moribus sublato.

steht indessen jedem Theile frei; sie bedarf keiner Form, wohl aber sind gewisse Worte (conditione tua non utor) dabei üblich. Gültige Gründe für die Kündigung sind z. B. Untreue und solche Handlungen des Andern, aus denen auf eine unglückliche Ehe geschlossen werden kann; auch gehört dahin der Fall, wenn der in derselben Provinz anwesende Bräutigam die Braut zwei Jahre lang warten läßt. Wird das Verlöbniß ohne Schuld eines Theils oder durch die Schuld beider Theile getrennt, so erhält jeder die allenfalls gegebene arrha und die Brautgeschenke (sponsalitia largitas) zurück; doch kann die Braut oder ihre Erben, wenn sie schon geküßt ist und das Verlöbniß durch Tod aufgehoben wird, die Hälfte der Brautgeschenke zurückbehalten. Wird das Verlöbniß durch die Schuld eines Theils aufgehoben, so behält der Unschuldige das Empfangene, und fordert das Gegebene zurück. Hat er eine arrha gegeben, aber keine empfangen, so geht die Klage (condictio, und zwar causa data, causa non secuta) auf das Doppelte, welcher Klage nur die minderjährige Braut nicht unterliegt. Folgt die Ehe, so behält jeder Theil die empfangenen Geschenke; die arrha aber muß zurückgegeben werden, es wäre denn das Gegentheil ausgemacht.

III. Wirkungen der Ehe.

Einleitung.

§. 309.

Die eingegangene Ehe äussert ihre Wirkungen theils auf das persönliche Verhältniß der Ehegatten, theils auf die in ihr erzeugten Kinder, theils auf das Vermögen. Hier ist jedoch nur von den persönlichen und Vermögensverhältnissen der Ehegatten zu handeln. Hinsichtlich der letztern besteht der Hauptgrundsatz des Justinianischen Rechts darin, daß sich die Gemeinschaft nicht auf das Vermögen bezieht. Beide, sowohl der Mann als die Frau, können ihr eignes Vermögen haben; indessen stehen in der Regel dem Einen an dem Vermögen des Andern gewisse Rechte zu, welche unten näher zu erörtern sind. Nur die allgemeine Regel ist hier zu erwähnen, daß der Mann als der

eigentliche Herr des Haushalts zu betrachten ist, und daß deßhalb Alles, was sich im Hause befindet, im Zweifel als sein Vermögen und als für ihn erworben angesehen wird, bis das Gegentheil genau erwiesen ist. Mann und Frau können vermöge jener Unabhängigkeit des Vermögens nicht nur einseitig mit Dritten in Obligationsverhältnissen seyn und in solche treten, sondern auch mit einander selber. Nur hat der Mann im Allgemeinen die Pflicht, die Lasten der Ehe zu tragen, also seine Frau und die mit ihr erzeugten Kinder zu ernähren, welche Pflicht, wenn der Mann filiusfamilias ist, Demjenigen zusteht, der ihn in der väterlichen Gewalt hat. Jedoch findet auf Erfüllung dieser Pflicht keine Klage statt, ausser wenn die Frau wahnsinnig ist, in welchem Falle ihre Verwandten auf Alimente klagen können *a*).

A. Persönliche Verhältnisse.

§. 310.

Wenn der sittliche Charakter der Ehe nicht zerstört werden soll, so kann durch Gesetzgebung das persönliche Verhältniß nicht für alle Fälle gleichartig juristisch normirt werden. Darum hat darüber das Justinianische Recht auch nur sehr wenige Bestimmungen. Sie lassen sich auf folgende Grundsätze zurückführen: Die Frau nimmt an dem Range, Stande und der Würde des Mannes, so wie an dem Domicil deßselben Theil *a*), welches Recht selbst nach aufgehobener Ehe bis zur Wiederverheirathung fortdauert *b*). Beide stehen im Verhältnisse gegenseitiger Treue und Achtung zu einander, und als Folge hievon gilt die Bestimmung, daß poenales und famosae actiones nicht zwischen Ehegatten stattfinden *c*), und eine Verzichtleistung auf das

---

a) L. 22. §. 8. D. soluto matrim. (24. 3.).

a) L. 9. cod. de incol. (10. 39.). l. 15. cod. de dignit. (12. 1.).

b) L. 22. §. 1. D. ad municipal. (50. 1.).

c) Dieß ist besonders hinsichtlich eines Diebstahls wichtig. Hier findet in der Regel nicht die condictio furtiva statt, sondern an ihrer Stelle, aber unter manchen Modificationen, eine rerum amotarum actio. Vergl. *Dig.* XXV, 2. (De actione) Rerum amotarum. *Cod.* V, 21. Rer. amotar.

fg. beneficium competentiae (§. 211) unzulässig ist *d*). Wegen Verletzung der ehelichen Verhältnisse, wie sie Sitte und Moral fordern, findet eine Klage nicht statt, deren Surrogat daher nur die Scheidung ist. Nachdem die Scheidungsfreiheit wegen Sittenverfalles beschränkt worden war, erscheint freilich das römische Recht in dieser Materie mangelhaft.

B. Vermögensverhältnisse.

1. Von der dos.

Ulp. VI. *Paul.* II, 21.[b] *Fragm. Vatic.* §. 94 — 122. *Dig.* XXIII, 3. *Cod.* V, 12. De jure dotium.

a) Begriff.

§. 311.

Der Mann hat die Lasten der Ehe zu tragen. Wird ihm Etwas gegeben, damit ihm dadurch jene Lasten erleichtert werden, so nennt man Dieß *dos* (*res uxoria*, Heirathsgut, wohl auch Brautschatz, Brautgabe, Mitgabe, Aussteuer). Sie heißt profectitia, wenn sie vom Vater oder Großvater der Frau, gleichviel ob diese bei Eingehung der Ehe filiafamilias ist oder nicht, adventitia, wenn sie nicht vom Vater oder Großvater gegeben wird. Fällt im letztern Falle kraft besonderer Verabredung die dos nach aufgelös'ter Ehe an den Geber zurück, so heißt sie *receptitia dos*. Eine dos ist ohne Ehe nicht möglich; ist daher die Ehe nichtig, so hat das Gegebene nicht den Charakter der dos, eben so wenig vor Anfang und nach dem Ende der Ehe. Die Absicht muß übrigens auf Bestellung einer dos gerichtet seyn, und ist die Absicht bei einem ohnehin zur Dotation Verpflichteten zweifelhaft, so wird sie präsumirt.

b) Bestellung der dos.

Cod. V, 11. De dotis promissione et nuda pollicitatione.

§. 312.

Die Bestellung einer dos (dotis constitutio) besteht darin, daß ein Uebergang aus dem Vermögen des Einen in das Vermögen des Andern statt findet. Dieß kann, wie überhaupt,

---

d) L. 14. §. 1. D. solut. matr. (24. 3.).

dando, obligando und liberando geschehen. Auch ein ganzes Vermögen kann Gegenstand der dos seyn, jedoch nicht in der Art, daß hier eine per universitatem successio statt fände. Vielmehr bleiben die in dem Vermögen enthaltenen Obligationen hinsichtlich ihrer Subjecte ganz die nämlichen. Die Bestellung einer dos geschieht entweder aus freiem Willen des Bestellers oder in Folge einer Rechtsregel. Geschieht die Bestellung I. durch ein freies Versprechen (sg. dos voluntaria), so wird dieses im Justinianischen Recht *a*) entweder in Form einer stipulatio, oder ohne alle Form durch ein bloßes pactum, welches aber eine vollgültige obligatio erzeugt, und deßwegen zu den sg. pactis legitimis gerechnet wird (§. 262), gegeben. Zu allgemein darf dieses Versprechen nicht seyn, wiewohl es von dem boni viri arbitrium abhängig gemacht werden kann. Creditor in dieser Obligation ist Derjenige, welcher die Lasten der Ehe zu tragen hat, also der Mann oder Derjenige, in dessen Gewalt er sich befindet. Die stillschweigende Bedingung ist hier immer, daß die Ehe erfolge, und die stillschweigende Zeitbestimmung der Anfang der Ehe. Sonst können noch beliebig Bedingungen und Zeitbestimmungen hinzugefügt werden. Nach Justinians Bestimmung *b*) muß die versprochene dos im Anfange der Ehe bestellt werden; ist der Verpflichtete zwei Jahre lang säumig, so muß er die Früchte oder Zinsen geben. Hat die Frau selber oder ihr Vater die dos versprochen, so gilt für diese, aber auch nur für diese, das sg. beneficium competentiae (§. 211). Hat ein Frauenzimmer für die Bestellung der dos intercedirt, so kann sie sich nicht auf das SC. Vellejanum (§. 267) berufen *c*). II. Durch eine Rechtsregel ist zur Bestellung der dos verpflichtet (sg. dos necessaria) der leibliche eheliche Vater und überhaupt Derjenige, in dessen Gewalt sich die Tochter befindet. Die Mutter ist zur Dotation nur ex magna et probabili causa ver-

a) Ueber die alte dictio dotis siehe Hugo R. G. S. 624. f. Schweppe R. G. §. 398. Zimmern R. G. §. 158.

b) L. 31. §. 2. cod. h. t. (5. 12.).

c) L. 25. cod. ad SC. Vellejan. (4. 29.).

pflichtet, z. B. wenn sie akatholisch, die Tochter katholisch ist. Die Verpflichtung fällt für den Vater weg, wenn die Tochter eignes Vermögen hat. Hat indessen der Vater seiner vermöglichen Tochter, ohne sich näher zu erklären, ob aus seinem oder der Tochter Vermögen eine dos bestellt, so wird das Erstere vermuthet. Geschwister sind zur Dotation nicht verpflichtet, eben so wenig die Frau selbst, wiewohl sie eine einmal von ihr bestellte dos nicht als indebitum zurückfordern kann *d*).

c) Form der Bestellung.

§. 313.

Zur Bestellung der dos gehört gar keine andere Form als jene, welche in der Natur ihres Gegenstandes liegt. Repräsentation ist auf beiden Seiten möglich, und weder Bedingungen noch Zeitbestimmungen sind ausgeschlossen. Die stillschweigende Bedingung ist hier immer wieder die wirkliche Eingehung der Ehe, deren Lasten dem Manne durch die Bestellung erleichtert werden sollen. Aber auch vor Eingehung der Ehe darf die bestellte dos nicht einseitig zurückverlangt werden. Nur der Vater kann dieß thun, wenn er die Einwilligung zur Ehe verweigern will. Gehen die Sponsalien zurück, so ist das Gegebene nicht dos, selbst wenn späterhin die Ehe doch eingegangen werden sollte. Die Klage auf Zurückgabe des als dos Bestellten richtet sich in solchen Fällen nach dem Gegenstande der dos. Ist dieser ein dare gewesen, so findet nach Umständen eine vindicatio oder condictio statt. Bona fides ist auf beiden Seiten wesentlich. Ob die Bestellung einer dos Schenkung sey, hängt von den dabei in Frage stehenden Personen ab. Hinsichtlich des Empfängers ist sie nie Schenkung; darum kann die Frau auch während der Ehe eine dos bestellen, und niemals braucht die Bestellung insinuirt zu werden (§. 262). In der Bestellung der dos durch die Frau selbst liegt nie eine Schenkung, wohl aber in der Bestellung durch einen Extraneus, wobei jedoch nicht der Mann, sondern die Frau als beschenkter Theil erscheint; indessen hat auch in diesem Falle Justinian die Ver-

d) L. 32. §. 2. D. de cond. ind. (12. 6.).

pflichtung zur Insinuation aufgehoben. Bestellt der Vater die dos, so soll er nach Justinians Vorschrift ebenfalls nie mehr als Schenker betrachtet werden.

d) Rechte an der dos.

A) Während der Ehe.

Dig. XXIII, 5. *Cod.* V, 23. De fundo dotali.

§. 314.

Die dos wird zur Erleichterung Dessen gegeben, der die Lasten der Ehe zu tragen hat. Jedoch sollen nur die Früchte, und zwar sowohl die natürlichen als die bürgerlichen, verwandt werden. Der Empfänger wird daher Herr der dos und alles Dessen, was zur dos als accessio hinzukommt, daher auch Dessen, was er mit Dotalgeldern erwirbt; die Dotalsachen befinden sich in seinem vollen Eigenthume. War der Besteller nicht Eigenthümer, so wird es auch der Empfänger nicht; aber er kann pro dote usucapiren. Darum stehen ihm alle Klagen, welche durch den Gegenstand der dos begründet sind, zu, die rei vindicatio, die publiciana in rem actio und persönliche Klagen, alle diese selbst gegen die Frau. Hinsichtlich beweglicher Dotalsachen ist er auch in der Veräusserung unbeschränkt; unbewegliche aber (fundus dotalis) sind in der Regel *a*) jeder Art von freiwilliger Veräusserung *b*) entzogen; diese ist daher nichtig und kann von der Frau nach Auflösung der Ehe, nicht aber vom Manne im eigenen Interesse angefochten werden. Während der Ehe hat die Frau gar kein Recht an der dos *c*). Wie es sich mit dem als dos Gegebenen verhält, so verhält es sich auch mit den Erweiterungen desselben, so weit sie nicht Früchte sind. Alle Accessionen erhalten die Eigenschaft der dos (dotis fiunt). Die Früchte aber, welche während der Ehe erzeugt

a) Ueber die Ausnahmen siehe §. 316.

b) Veräusserung ist hier im Sinne der l. 28. §. 1. D. de V. S. (50. 16.) zu nehmen.

c) Die Stellen, welche ihr Eigenthum zuzusprechen scheinen, beziehen sich alle zum Theil darauf, daß sie aus den Früchten der dos erhalten wird, zum Theil darauf, daß ihr nach aufgehobener Ehe die dos in der Regel anheim fällt.

werden, sind und bleiben dem Manne. — Das Recht des Mannes an der dos und der Anspruch auf die Früchte *d*) richtet sich übrigens genau nach der Dauer der Ehe.

B) Nach aufgehobener Ehe.

§. 315.

Wird die Ehe aufgehoben 1) durch den Tod der Frau, so fällt die adventitia dos, wenn sie nicht receptitia ist (§. 311), nach dem neuesten Recht an die Erben der Frau; die profectitia fällt solatii loco an den Besteller zurück, selbst wenn die Frau sich nicht mehr in seiner väterlichen Gewalt befindet, und selbst wenn sie Kinder hinterläßt. Ist der Besteller schon todt, gleichviel ob er der Vater oder Großvater ist, so fällt die dos an die Erben der Frau. Wird die Ehe aufgehoben 2) durch Tod des Mannes oder durch Scheidung, so fällt die dos immer ohne Rücksicht darauf, ob sie profectitia oder adventitia ist, an die Frau, sie müßte etwa im letztern Falle receptitia seyn, oder die Frau müßte sich zur Zeit der Aufhebung der Ehe noch in der Gewalt ihres Vaters befinden. Ist Dieß nämlich der Fall, so fällt die profectitia an den Vater, jedoch so, daß er in Ausübung seines Rechts in der Regel an den Consens der Tochter gebunden ist. Die adventitia dagegen fällt nach dem neuesten Rechte, auch wenn die Tochter noch filiafamilias ist, an diese; jedoch erhält im letzten Falle der Vater den ususfructus daran.

C) Zurückgabe der dos.

Dig. XXIV, 3. *Cod*. V, 18. Soluto matrimonio dos quemadmodum petatur.

§. 316.

Da nach dem Bisherigen des Mannes Recht auf die dos mit der Ehe zugleich aufhört, so fragt es sich nun, was der Gegenstand der Zurückgabe sey, wann sie erfolgen müsse oder dürfe, welches Recht der Rückempfänger auf die dos, und welche Sicherheit er für sein Recht habe, und endlich welche Rechts-

d) Die Berechnung für einen einzelnen Fall siehe in l. 7. §. 1. D. solut. matr. (24. 3.).

mittel hiebei vorkommen. Hinsichtlich 1) des Gegenstandes der Zurückgabe kommt es zunächst auf den Inhalt der bestellten dos an. Besteht dieser in sg. fungiblen Sachen, so restituirt der Mann gleiche Quantität und Qualität. Besteht der Inhalt der bestellten dos in sg. nicht fungiblen Sachen, so muß er dieselben in der Regel mit allen Accessionen und allen ihm nicht verbleibenden Früchten (§. 314) in specie restituiren, weßhalb er für jede culpa, nicht aber für den casus haftet, jedoch so, daß ihm seine levis culpa nicht angerechnet wird, wenn er den Beweis führt, daß er sonst in seinen Angelegenheiten nicht sorgsamer sey. Hat er jedoch Dotalsachen gültig veräussert (§. 314), so restituirt er den Werth. Eine wichtige Ausnahme von der Verpflichtung zur speciellen Restitution macht der Fall, wenn bei der Bestellung der dos diese zu Geld angeschlagen ist (dos aestimata). Ist Dieß in der ausdrücklich erklärten Absicht geschehen, um dem Rückempfänger den Beweis des allenfalls verlornen Werthes der dos zu erleichtern (man nennt Dieß jetzt dos taxationis gratia aestimata), so bleibt es bei der Regel. Ist die aestimatio aber bei der Bestellung vorgenommen, um die dos dem Manne zu verkaufen (man nennt Dieß jetzt dos venditionis gratia aestimata), und dafür streitet die Vermuthung, so trägt der Mann die Gefahr während der Ehe, hat aber die Wahl, ob er nach Aufhebung der Ehe die dos in specie oder die aestimatio restituiren will.

Fortsetzung (Zeit der Zurückgabe).

§. 317.

Was 2) die Zeit der Zurückgabe betrifft, so müssen in der Regel nach dem neuesten Recht *a*) unbewegliche Dotalsachen sogleich nach der Aufhebung der Ehe, alle übrigen aber innerhalb eines Jahres restituirt werden. Eine Verzögerung bewirkt für den Mann die Pflicht, vier Procent Verzugszinsen zu entrichten. Vor aufgehobener Ehe darf die Zurückgabe in der

---

a) Ueber das ältere Recht: Hugo R. G. S. 548. Schweppe R. G. §. 400. Zimmern R. G. §. 166—168.

Regel weder angeboten *b*) noch gefordert werden. Jedoch ist es dem Mann Ausnahmsweise erlaubt, die dos schon während der Ehe zurückzugeben, ohne daß darin eine donatio inter virum et uxorem liegt (§. 328), wenn die Frau dringende Pflichten gegen nahe Verwandten zu erfüllen hat; er ist sogar dazu verpflichtet, d. h. die Herausgabe kann von ihm gefordert werden, wenn er die dos nicht sicher verwalten kann, wenn ihn die Strafe der Deportation trifft, oder wenn die wahnsinnig gewordene Frau von ihm vernachlässiget wird.

Fortsetzung.

Art des Rechts, welches der Rückempfänger auf die dos hat.

§. 318.

Was 3) die Art des Rechts betrifft, welches der Rückempfänger auf die dos hat, und die Sicherheit desselben für dieses Recht, so ist das Recht selber nach ältern Grundsätzen, als höchst persönliches, auch nur mit einer an die Person gebundenen Klage geschützt. Justinian hat das Recht auf die Rückgabe der dos ungewöhnlich begünstigt. An sich ist es zwar immer noch ein persönliches Recht; allein von der Frau sollen, als wenn das Eigenthum an den Dotalsachen, insofern sie noch existiren, bei der Trennung der Ehe ipso jure stattfände, sogleich alle auf die Sachen gehenden und passenden in rem actiones angestellt, und während der Ehe sollen die Sachen weder ersessen werden, noch soll eine temporalis exceptio irgend eine die Sache betreffende Klage der zum Rückempfange der dos Berechtigten aufheben können. Ausserdem haben die Frau, deren Vater und Erben zur vollkommensten Sicherheit ein gesetzliches Pfandrecht an dem ganzen Vermögen des Mannes, und an dem Gegenstande der dos selbst, und die Frau ist hinsichtlich dieses Pfandrechts noch so privilegirt, daß sie den Vorzug vor allen andern, selbst ältern Pfandgläubigern des Mannes hat. *a*)

---

b) *Cod.* V, 19. Si dos constante matrimonio soluta fuerit.

a) L. 12. cod. qui pot. in pign. (8. 18.). Ausser der Frau haben dieses Pfandprivilegium nur noch deren Kinder, insofern sie mit einer Stiefmutter colllidiren.

Beschluß.

(Rechtsmittel.)

Cod. V, 13. De rei uxoriae actione in ex stipulatu actionem transfusa et de natura dotibus praestita.

§. 319.

Was endlich 4) die **Rechtsmittel** betrifft, so waren nach altem Rechte zwei Klagen für die Rückforderung der dos möglich, für die Frau und deren Vater die rei uxoriae actio, für Dritte, wenn überhaupt die Rückgabe stipulirt war, die ex stipulatu actio, welche als solche nichts Eigenthümliches hatte und stricti juris war. Die rei uxoriae actio war bonae fidei, und ging nicht auf die Erben über, ausser wenn der Mann in mora war, oder den Tod der Frau verschuldet hatte. Justinian *a*) änderte Dieß dahin, daß er der Frau und ihrem Vater immer, auch wenn die Rückgabe nicht stipulirt ist, eine ex stipulatu actio giebt, dieser aber zugleich die Vortheile der rei uxoriae actio ertheilt, also namentlich dieselbe als b. f. actio behandelt wissen will. Hierdurch ist eine neue für die Rückforderung der dos sehr günstige Klage geschaffen, welche zwar ex stipulatu heißt, aber als eine eigne de dote actio *b*) angesehen werden muß, mit welcher dann die rei vindicatio, wenn die Dotalsachen noch existiren, concurrirt. Kläger ist entweder die Frau und eintretenden Falls ihr Erbe (§. 315) oder der Vater derselben. Ist die dos receptitia, so klagt der Dritte mit der gewöhnlichen Klage, also entweder ex stipulatu, oder praescriptis verbis. Der wirkliche Empfang der dos auf Seiten des Mannes muß erwiesen werden; doch beweist der Schein über die empfangene dos nicht sogleich (§. 259) *c*). Der Zweck der Klage ist Rückgabe der dos, welche sich nach dem Gegenstande derselben näher bestimmt, und Prästation Dessen, wofür der Empfänger der dos zu haften hat. Was die Gegenforderungen des Beklagten betrifft, so sind die

a) Vergl. §. 29. Inst. de act. (4. 6.).

b) Vergl. z. B. l. 21. D. de V. O. (45. 1.). l. 14. D. quae in fraud. cred. (42. 8.).

c) *Cod.* V, 15. De dote cauta non numerata. *Nov.* 100.

nach altem Rechte möglichen Retentionen von Justinian aufgehoben. Nur wegen der necessariae impensae, soweit sie auf das zu Restituirende gemacht, und nicht Abgaben sind, welche immer ihm zur Last fallen, hat der Mann das Recht der Retention und Compensation (ipso jure dotem minuunt), und wenn er davon bei der Rückgabe keinen Gebrauch gemacht, theils die condictio indebiti oder sine causa, theils die mandati, theils die negotiorum gestorum actio. Wegen der utiles darf er nicht retiniren oder compensiren, und es steht ihm deßhalb auch keine condictio zu, sondern er macht seinen Anspruch theils mit der mandati, theils mit der negotiorum gestorum actio geltend. Hinsichtlich der voluptuosae hat der Mann nur das Recht der Abnahme, wenn diese ohne Schaden geschehen kann. Doch muß er die Verwendungen mit übergeben, wenn der Kläger sie ersetzen will. *d*) — Uebrigens steht dem Manne immer, unter Umständen auch andern Beklagten das sg. beneficium competentiae zu *e*).

2. Parapherna.

Cod. V, 14. De pact. convent. tam sup. dote, quam sup. don. ante nupt., et *parapherni*s.

§. 320.

Die Griechen nennen die dos φερνη; alles Vermögen der Frau, was nicht dos ist, ist παραφερνα. An diesem hat der Mann an und für sich gar kein Recht; doch kann ihm die Frau daran Eigenthum oder die Administration übertragen, auch dieses Vermögen bei ihm deponiren. In diesen Fällen hat die Frau nach aufgelöster Ehe die gewöhnlichen Klagen, im ersten Fall namentlich eine condictio. Hat die Frau dem Mann insbesondere Geldforderungen (nomina) übertragen, so darf dieser die Zinsen zu gemeinschaftlichen Zwecken verwenden, er darf sie kündigen und eincassiren, soll aber das Capital für die Frau aufbewahren. Deßhalb hat denn auch die Frau vom Augenblicke der Eincassirung ein gesetzliches Pfand-

d) *Dig.* XXV, 1. De impensis in res dotales factis.

e) §. 37. Inst. de act. (4. 6.).

recht an dem Vermögen des Mannes, und dieser haftet eben so wie für die dos. Ist es zweifelhaft, ob Sachen zu den parapheruis oder zur dos gehören, so streitet, weil zur dos der animus dotem constituendi erforderlich ist, für das Erstere die Vermuthung.

3. Pacta dotalia.

Paul. II, 22. *Dig.* XXIII, 4. De pactis dotalibus. *Cod.* V, 14. De pact. convent. tam sup. dote, quam sup. don. a. nupt., et paraph..

§. 321.

Verträge über die Vermögensverhältnisse der Ehegatten, auch wenn sie an den bisher vorgetragenen Grundsätzen Etwas abändern, sind in der Regel erlaubt, sowohl für die Ehegatten unter sich, als auch für Dritte mit den Ehegatten. Die Form dieser Verträge ist gleichgültig; aber hinsichtlich ihres Inhaltes dürfen sie weder die Ehre und Würde der Ehe verletzen, noch Vorschriften widersprechen, welche die Verhinderung von Verbrechen und schlechten Sitten unter den Ehegatten zum Zwecke haben; auch dürfen sie weder eine wahre donatio inter virum et uxorem enthalten (§. 323), noch das weibliche Vermögen und namentlich die dos in eine für die Frau nachtheiligere Lage bringen, ausser wenn dieß zum Vortheile der Kinder geschieht. Gemäß diesen Beschränkungen der Eheverträge ist z. B. der Vertrag ungültig, worin die Ehegatten auf das Recht der Ehescheidung wegen Untreue oder Verbrechen verzichten, ferner der Vertrag, der Mann solle die versprochene dos nicht einfordern, und der Vertrag, die Früchte der dos solle die Frau lucriren, weil hierin eine ungültige Schenkung läge. Wohl aber ist der Vertrag gültig, wonach die dos später vom Besteller, oder daß sie von gewissen Personen nicht eingefordert werden dürfe, oder auch wodurch der Gegenstand der dos ohne Nachtheil für die Frau verändert wird. Ebenso ist der Vertrag, daß der Mann nach Aufhebung der Ehe die dos nicht herauszugeben brauche, gültig, insofern darin kein Nachtheil für die Frau liegt, oder wenn die dos an die Kinder

fallen soll. Eben so ist der Vertrag über spätere Herausgabe der dos an die Frau ungültig, es müßte denn der Nachtheil nicht die Frau, sondern ihre Erben treffen; der Vertrag dagegen über frühere Herausgabe an die Frau ist gültig.

4. Propter nuptias donatio.

§. 3. Inst. de don. (2. 7.). *Cod.* V, 3. De don. ante nupt., vel propt. nupt. *Nov.* 61. *Nov.* 97. *Nov.* 119. c. 1. *Nov.* 127. c. 2.

§. 322.

Wiewohl im Justinianischen Rechte die *sponsalitia largitas* ihre ehemalige Natur ganz behalten hat, so ist für sie doch der sonst gewöhnliche Name *ante nuptias donatio* nicht mehr anwendbar, indem die spätern Kaiser daraus ein ganz eigenthümliches Institut gemacht haben, welches nach Justinians ausdrücklicher Vorschrift nun *propter nuptias donatio* heißen soll. Wird nämlich in einem Ehevertrag ausgemacht, daß die dos nach dem Tode der Frau ganz oder theilweise an den Mann fallen solle, so soll auch der Frau vom Mann oder dessen Vater oder sonst Jemanden für den Mann das Nämliche ausgesetzt werden, um ihr für den Fall, daß sie den Mann überlebt oder letzterer verarmt, ihre Existenz zu sichern. Diese donatio setzt daher eine dos voraus und daß diese nach dem Tode der Frau dem Manne ganz oder theilweise verbleiben solle; sie bildet demnach ein Gegengewicht gegen das lucrum dotis, weßhalb sie auch ἀντιφερνη heißt und in demselben Maaße vermehrt werden muß, wie jenes lucrum dotis vermehrt wird. Während der Ehe ist sie nicht im Vermögen der Frau, d. h. diese ist nicht Eigenthümerin der dazu gehörigen Sachen, und erhält nicht die Früchte, sondern der Mann bleibt während der Ehe Herr derselben, und gewinnt die Früchte. Die darin befindlichen unbeweglichen Sachen darf er so wenig veräussern als den fundus dotalis, nicht einmal mit Einwilligung der Frau, es müßte denn diese ihre Einwilligung nach zwei Jahren wiederholt haben. Die Frau hat wegen dieser donatio ein gesetzliches Pfandrecht an dem Vermögen des Mannes.

5. Donatio inter virum et uxorem.

Ulp. VII. *Paul.* II, 23. *Fragm. Vat.* §. 276. 294. *Dig.* XXIV, 1. De don. int. V. et U. *Cod.* V, 16. De donat. int. V. et U., et a parentib. in lib. fact., et de ratihabitione. *Nov.* 74. c. 4. *Nov.* 162. c. 1.

§. 323.

Obgleich die Eheleute mit einander in Obligationsverhältnissen stehen können, so betrachtet doch das römische Recht, weil es die ehelichen Verhältnisse rein von Habsucht erhalten will, von jeher ein jedes Geschäft unter Eheleuten während der Ehe, welches, und soweit es eine Schenkung enthält (donatio inter virum et uxorem s. matrimonii causa), für ungültig. Damit das Geschäft überhaupt ungültig sey, muß eine Ehe wirklich vorhanden und die Erfüllung darf nicht über dieselbe hinausgeschoben seyn, wie bei der mortis causa donatio (§. 421) und der Schenkung auf den Fall einer Scheidung. Ferner erfordert die Ungültigkeit des Geschäfts eine wirkliche Schenkung, wozu weder die Bestellung einer dos noch die propter nuptias donatio gehört, mag sonst die Schenkung eingekleidet seyn, wie sie will; gemischte Geschäfte sind soweit ungültig, als sie eine Schenkung enthalten. Nicht bloß die Ehegatten, sondern auch jene Personen, welche mit ihnen in einer Vermögenseinheit stehen, sind dem Verbote unterworfen. Endlich muß der Schenker durch das Geschäft ärmer, der Beschenkte durch dasselbe reicher werden, weßhalb das Aufgeben eines bloß deferirten Gewinnes nicht unter das Verbot fällt. Da die Schenkung ipso jure null ist, so findet nach Umständen als Rückforderungsklage eine rei vindicatio oder eine condictio statt. Die Quantität der Rückforderung richtet sich nicht nach der Zeit der Schenkung, sondern nach der Zeit der litis contestatio. Indessen sind Ausnahmsweise manche Schenkungen gleich Anfangs gültig, manche werden es in der Folge. Zu jenen gehören Schenkungen zwischen dem Regenten und der Regentin, Schenkungen zum Zwecke der Wiederaufbauung abgebrannter Häuser, Schenkungen der Frau an den Mann zum Erwerb einer Würde,

zur Führung eines Processes. Zu diesen gehören Schenkungen, die sich, und so weit sie sich compensiren, wobei der Augenblick der Schenkung über die Quantität entscheidet; ferner der Fall, wenn der Schenker während der Ehe vor dem Beschenkten stirbt, ohne widerrufen zu haben, wo also eine mortis causa donatio fingirt wird. Indessen müssen die Schenkungen, wenn sie 500 solidos übersteigen, insinuirt oder im letzten Willen bestätigt seyn, sonst convalesciren sie für den Ueberschuß nicht.

IV. Auflösung der Ehe.

Dig. XXIV, 2. De divortiis et repudiis. *Cod.* V, 17. De repudiis et judicio de moribus sublato.

A. Unfreiwillige Auflösung.

§. 324.

Die Ehe wird wider den Willen der Eheleute aufgelös't 1) durch den Tod eines der beiden Theile. Was hiebei die persönlichen Verhältnisse betrifft, so kann der überlebende Theil zu einer neuen Ehe schreiten; die überlebende Frau insbesondere behält den Rang und Stand des Mannes so wie dessen Domicil, bis sie Beides aufgiebt, jenen durch eine zweite Ehe, dieses durch Verlassen desselben. Hinsichtlich der Vermögensverhältnisse findet unter Umständen ein Erbrecht auch ohne Testament statt (§. 437. f.), und über die Rückgabe der dos ist das Nöthige schon gesagt (§. 316. ff.). 2) Durch *capitis diminutio*, und zwar unbedingt durch den Verlust der libertas *a*). Die media und minima capitis diminutio hat weder auf die persönlichen noch auf die Vermögensverhältnisse Einfluß. 3) Durch einen nach eingegangener Ehe eintretenden Umstand, welcher, wenn er vor der Ehe existirt hätte, die Ehe zum Incest qualificirt haben würde *b*).

---

a) Nov. 22. c. 7—9. 12. Nov. 117. c. 11.

b) L. 67. §. 3. D. de ritu nupt. (23. 2.) verb.: „ut in genero adoptato dictum est."

B. Ehescheidung.

1. An sich.

Nov. 140. *Nov.* 117. c. 8-10. 12. 13. *Nov.* 134. c. 11. *Nov.* 22. c. 5-7. 19.

§. 325.

Die Ehescheidung (auf Seiten der Frau besonders: divortium, auf Seiten des Mannes besonders: repudium), d. h. die freiwillige Auflösung der Ehe, war nach älterem römischen Rechte a) trotz der Heiligkeit der Ehe und zum Theil wohl als Folge derselben sehr leicht. Sie findet entweder mit Einwilligung beider Theile (communi consensu divortium) oder einseitig statt. Kann sich im letztern Falle derjenige Theil, von dem sich der andere scheidet, nur nicht beklagen, so nennt man diese Scheidung bona gratia divortium; findet dagegen die einseitige Scheidung in Folge einer Verschuldung des andern Theils statt, so heißt sie ex offensa oder ob ingratitudinem. Was nun 1) das communi consensu divortium betrifft, so ist dasselbe von Justinian, nachdem er es streng untersagt hatte, in Nov. 140 doch wieder gestattet. 2) das bona gratia divortium ist nach Nov. 22. c. 5—7 und Nov. 117. c. 12 in drei Fällen gestattet. 3) Die gesetzlichen Gründe zum divortium ex offensa, welche nicht ausgedehnt werden dürfen, sind in Nov. 117. c. 8. 9. enthalten. Jede andere Scheidung ist schlechthin widerrechtlich. — Eine besondere Form für die Ehescheidung fordert das ältere Recht nicht. Seit der lex Julia de adulteriis aber wird eine Form erfordert, welche darin besteht, daß der sich scheidende dem andern Theile oder dessen Vater oder Sclaven durch einen Freigelassenen unter Zuziehung von 7 Zeugen die Ehe kündigt. Ohne diese Form besteht die Ehe fort. Befinden sich die Gatten noch in väterlicher Gewalt, so muß der Vater unbedingt, und auch wenn die Gewalt aufgehört hat, dann einwilligen, wenn er wegen der dos oder propter nuptias donatio interessirt ist. Der Vater kann die Ehe seines Kindes nur dann einseitig scheiden, wenn dieses wahnsinnig ist.

---

a) Hugo R. G. S. 148. 487. f. 913. 928. f. 992. Schweppe R. G. §. 411—415. Zimmern R. G. §. 154 f.

2. Nachtheile der Scheidung.

Nov. 117. c. 5. 7—9. 13. *Nov.* 22. c. 18. *Nov.* 134. c. 11. 10.

§. 326.

Jede Scheidung hebt in der Regel alles Erbrecht unter den Ehegatten auf. Ausserdem finden für den Schuldigen öffentliche Strafen statt, und sein Vermögen trifft Verlust; der Unschuldige kann die Kinder zur Erziehung allein in Anspruch nehmen, obgleich der Schuldige, wenn er sonst dazu verpflichtet ist, die Alimente reichen muß. Was die Strafen betrifft, so verliert, wenn 1) zur Scheidung die gesetzlichen Gründe fehlen, der Schuldige sein ganzes Vermögen, welches, da er ins Kloster gesperrt wird, wenn keine Kinder oder Ascendenten da sind, ganz dem Kloster zufällt. Sind Kinder vorhanden, so fallen an diese ²/₃, sind Ascendenten vorhanden, welche nicht in die Scheidung willigten, so fällt an diese ¹/₃. Hat 2) der Mann einen Ehebruch mit einem verheiratheten Weibe begangen, so erhält die Frau die dos und die propter nuptias donatio. Sein übriges Vermögen fällt an die Kinder, und wenn keine vorhanden sind, an seine Ascendenten bis zum dritten Grade, und fehlen auch diese, an den Fiscus. 3) Ist die Scheidung wegen Ehebruchs der Frau vorgenommen, so fällt die dos und wenn keine Kinder vorhanden sind, noch ein Drittheil des Werths der dos an den Mann. Mit dem übrigen Vermögen ist es wie beim Ehebruche des Mannes zu halten. Geschah 4) die Scheidung, weil der Mann die Frau fälschlich des Ehebruchs anklagte, so erhält die letztere die dos und die propter nuptias donatio und wenn keine Kinder vorhanden sind, außerdem noch ¹/₃ des Werthes der propter nuptias donatio. Den Mann treffen die Strafen, welche für den Fall, daß er einen Ehebruch der Frau nachgewiesen hätte, über die Frau verhängt worden wären. Wird die Ehe 5) geschieden, weil der Mann in dem Hause, welches er mit der Frau bewohnt, neben dieser eine andere unterhält, oder außer dem Hause auf mehrmaliges Abmahnen von dem unerlaubten Umgange mit einer andern nicht absteht, so erhält die

sich scheidende Frau die dos und propter nuptias donatio und noch ein Dritttheil des Werths der letztern. Geschah endlich 6) das divortium ex offensa aus andern gesetzlich gebilligten Gründen, so verliert die schuldige Frau ihre dos an den Mann und der schuldige Mann verliert, ausserdem, daß er die dos herauszugeben hat, die propter nuptias donatio an die Frau. War die geschiedene Ehe undotirt und kann deßhalb an die unschuldige Frau weder dos noch propter nuptias donatio fallen, so hat sie an das Vermögen des Mannes denselben Anspruch wie die dürftige undotirte Wittwe (§. 438.).

C) Vom nuptiale lucrum.

L. 3. pr. l. 5. §. 2. l. 6. §. 2. l. 8. §. 4. cod. de secund. nupt. (5. 9.). *Nov.* 22. c. 24. 30. *Nov.* 98. *Nov.* 117. c. 5. *Nov.* 127. c. 3.

§. 327.

Allen Erwerb, den ein Ehegatte aus dem Vermögen des andern macht, beruhe er auf einer Freigebigkeit, auf Eheverträgen oder auf gesetzlicher Vorschrift, nennt man nuptiale lucrum. Ausgeschlossen von diesem Begriff ist nur, was der eine Theil von dem andern vor der Ehe und ohne Rücksicht auf deren künftige Eingehung erwarb. War die Ehe kinderlos, so geht nach deren Auflösung das lucrum schlechthin in das Vermögen des Gatten über. Sind dagegen Kinder aus einer aufgelös'ten Ehe vorhanden, so erhält er 1) an der lucrirten dos und propter nuptias donatio, wenn die Ehe durch den Tod aufgelös't ist, nur den ususfructus, die Proprietät fällt dagegen an die Kinder, welche deßhalb ein gesetzliches Pfandrecht am Vermögen des Gatten haben. 2) Dasselbe gilt bei allen lucris ex divortio (§. 326) und eben so 3) von Demjenigen, was eine dürftige undotirte Wittwe von ihrem wohlhabenden Mann ererbt (§. 438). Schreitet indessen der lucrirende Theil nicht zur zweiten Ehe, so gebührt ihm an allen bis hierher erwähnten lucris die Proprietät eines Kindstheils. — 4) In Beziehung auf alle übrige lucra erhält der lucrirende Theil unbeschränktes Eigenthum; jedoch haben die Kinder auf das nach dem Tode desselben noch Vorhandene Anspruch, auch wenn sie den lucrirenden Theil

nicht beerben. Schreitet dieser indessen zur zweiten Ehe, so kommen dieselben Grundsätze, wie unter 1) zur Anwendung.

V. Von der zweiten Ehe.

Cod. V, 9. De secundis nuptiis. 10. Si secundo nupserit mulier. *Nov.* 2. *Nov.* 22. c. 22—48.

A. Nachtheile derselben überhaupt.

§. 328.

Obgleich eine weitere Ehe erlaubt ist, so treffen doch den zur zweiten Ehe Schreitenden, aus Rücksicht auf die Kinder erster Ehe und zu deren Vortheile, vielfache Nachtheile, welche aber ihrer Bestimmung gemäß nicht eintreten, wenn die frühere Ehe kinderlos war. 1) Der binubus verliert nach den Grundsätzen des vorigen Paragraphen an den lucris nuptialibus, an welchen er dieselbe hatte, die Proprietät. 2) Der binubus darf, gleichviel ob er mit Einwilligung des ersten Gatten oder der Kinder zur zweiten Ehe schreitet oder nicht, dem neuen Gatten weder unter Lebenden noch auf den Todesfall Mehr zuwenden, als er dem am Wenigsten bedachten Kinde erster Ehe zuwendet. Geschieht dieß dennoch, so fällt das was der zweite Gatte mehr als das Kind erhalten hat, an die Kinder erster Ehe. Damit in Verbindung steht 3) daß der binubus die für die zweite Ehe bestimmte dos oder propter nuptias donatio hinterdrein nicht verringern darf, weil dadurch die Kinder erster Ehe um das ihnen nach Nr. 2) gebührende Mehrere gebracht werden könnten. 4) Der binubus verliert gegen die Regel und ohne Rücksicht darauf, ob Kinder vorhanden sind oder nicht, das ihm vom ersten Gatten unter der Bedingung nicht wieder zu heirathen Hinterlassene. 5) Der binubus muß gegen die sonstige Regel, wegen der seinen Kindern der ersten Ehe zu zahlenden Vermächtnisse Sicherheit stellen (§. 471). 6) Die zur zweiten Ehe schreitende Frau trifft als besonderer Nachtheil, daß sie an Allem, was sie aus dem Vermögen eines Kindes erster Ehe, so weit dieses von dem verstorbenen Gatten herrührt, durch Intestaterbfolge erhalten hat oder erhalten wird, die Proprietät verliert,

welche an die miterbenden Geschwister desselben fällt; nur der usufructus bleibt der Frau, wofür an deren Vermögen ihren Kindern ein gesetzliches Pfandrecht zusteht. Auch verliert die binuba die Vormundschaft und das Recht der Erziehung über die Kinder erster Ehe, und sie kann nur dann die ihren Kindern erster Ehe gemachten Geschenke widerrufen, wenn diese sich gröblich undankbar erwiesen haben, oder wenn sie ihr ganzes Vermögen verliert *a*).

B. Nachtheile der Verletzung des sg. Trauerjahres.

L. 1. 10—13. pr. D. de his qui notant. inf. (3. 2.). l. 53. §. 3. cod. de episc. (1. 3.). l. 1—3. cod. h. t. (5. 9.) l. 8. §. 4. cod. de repud. (5. 17.). l. 4. cod. ad SC. Tertul. (6. 56.). *Nov.* 22. c. 15. 16. 22. *Nov.* 39. c. 2.

§. 329.

Nach dem Tode des Mannes soll, nach der Scheidung muß die Frau ein Jahr, und wenn sie die Scheidung verschuldet hat, fünf Jahre lang unverehlicht bleiben. Geht eine geschiedene Frau in der genannten Zeit eine zweite Ehe ein, so ist diese ungültig. Eilt dagegen eine Wittwe innerhalb des sg. Trauerjahres zur zweiten Ehe, so ist die Ehe zwar gültig, es treffen sie aber, ausser den Nachtheilen der zweiten Ehe überhaupt, und eben so jene, welche in diesem Jahr Unzucht treibt, folgende Strafen: 1) Sowohl die Frau, als ihr zweiter Gatte, auch dessen Vater, der die Gewalt über ihn hat, so wie der Vater der Frau werden infam, wobei nur eine ignorantia facti, nicht aber eine ignorantia juris entschuldigt. 2) Die Frau darf Nichts von der Verlassenschaft des ersten Mannes behalten, sie verliert die sponsalitia largitas, und sie darf dem zweiten Manne nur höchstens ein Drittheil ihres Vermögens als dos bestellen oder hinterlassen. 3) Sie erhält keine sponsalitia largitas und wird unfähig, irgend Etwas aus einem letzten Willen zu er-

a) Ist die zweite Ehe incestuos, so fällt ausserdem das ganze Vermögen durch per universitatem successio an die Kinder des binubus. Nov. 12. c. 2. Doch müssen die Kinder dem Vater Alimente geben.

hätten, indem dieß Alles den Erben Dessen zufällt, der sie bedenken wollte. 4) Sie kann nur bis zum dritten Grade der Verwandtschaft Intestaterbin werden. — Bei diesen Strafen ist es gleichgültig, ob der verstorbene Mann sonst zu Jenen gehört, welche nicht betrauert werden oder nicht. Uebrigens kann der Regent besonderer Umstände halber die neue Ehe erlauben oder gutheißen; die Strafe der Infamie fällt dann weg, nicht aber die übrigen. Soll sie auch von diesen befreit werden, so muß sie den Kindern erster Ehe die Hälfte ihres ganzen Vermögens rein schenken, ohne sich den ususfructus daran vorzubehalten. Die Kinder transferiren es dann auf ihre Kinder, oder wenn sie solche nicht haben, auf ihre Geschwister, und nur, wenn auch diese kinderlos gestorben sind, und kein Testament, welches Anderes bestimmt, vorhanden ist, fällt es an die Mutter zurück.

VI. Von der Ehe- und Kinderlosigkeit.

Cod. VIII, 58. De infirmandis poenis coelibatus, orbitatis et (de) decimariis sublatis. 59. De jure liberorum.

§. 330.

Im Justinianischen Rechte *a*) findet sich von den Nachtheilen, welche Ehelose (coelibes) und Kinderlose (orbi) nach älterem Rechte seit der lex Julia et Papia Poppaea trafen, nur insofern noch eine Spur, als in den Codex einige Constitutionen früherer Kaiser und Justinians aufgenommen sind, in denen der ganze Grundsatz aufgehoben ist.

Zweiter Titel.

Vom Concubinat.

Paul. II, 20. *Dig.* XXV, 7. *Cod.* V, 26. De concubinis.

§. 331.

Mit der Ehe hat der Concubinat *a*) große Aehnlichkeit.

---

a) Ueber das ältere Recht: Hugo R. G. S. 753 ff. Schweppe §. 444. Zimmern R. G. §. 172—175.

a) Vergl. Hugo R. G. S. 912. Schweppe R. G. §. 416. Zimmern R. G. §. 133.

Auch er ist eine ausschließliche, dauernde Geschlechtsverbindung zwischen einem Mann und einer Frau. Der Unterschied von der Ehe liegt nur darin, daß die Frau an dem Stand und der Würde des Mannes keinen Antheil nimmt. Aus einem früherhin bloß factischen Verhältnisse wurde er seit der lex Julia et Papia Poppaea unter August ein juristisches Institut, indem ihm diese lex wahrscheinlich die Wirkung beilegte, daß der Mann von den Nachtheilen des coelibatus befreit blieb. Was die Erfordernisse zur Eingehung betrifft, so steht er darin der Ehe gleich, daß er Ehelosigkeit und Pubertät erfordert. Auch ist bei ihm die zu nahe Verwandtschaft ein Hinderniß; ein Mann kann nur eine Concubine haben, und eine Form der Eingehung ist so wenig nöthig als bei der Ehe, sondern nur der erklärte Wille. Dagegen fallen bei ihm alle Hindernisse weg, die bei der Ehe auf politischen Gründen beruhen, namentlich kann er statt finden zwischen einem civis und einer Nichtbürgerin, zwischen einem civis und einer Sclavin, nicht aber zwischen einer Bürgerin und einem Sclaven, wiewohl die ehemaligen Wirkungen dieses letzten Verhältnisses weggefallen sind *b*). Auch kann der Provincialbeamte mit einer Provincialin im Concubinat leben. Die Wirkungen sind überall nicht die der Ehe, obgleich er als erlaubtes Geschlechtsverhältniß keine Strafe nach sich zieht. Daher gelten eben sowohl Schenkungen zwischen den Concumbenten, als auch gegen die Concubine schlechthin die furti actio und die condictio furtiva stattfindet. Die im Concubinat erzeugten Kinder sind naturales, und haben unter gewissen Umständen ein Intestaterbrecht; auch können sie, jedoch nicht schlechthin, vom Vater im Testament eingesetzt werden, und durch Legitimation in die Gewalt des Vaters kommen. Seit der Einführung der christlichen Religion als Staatsreligion des römischen Reichs wandte sich die Ansicht der römischen Kaiser gegen den Concubinat, jedoch nur in der Art, daß die Verwandlung desselben in eine Ehe leicht gemacht wurde. Doch bestand er noch lange über Justi-

b) §. 1. Inst. de success. sublat. (3. 12. [13.]).

nians Zeit hinaus als ein erlaubtes Geschlechtsverhältniß. Im Zweifel war indeß schon lange die Vermuthung gegen ihn, und für die Ehe.

Zweites Capitel.

Von der väterlichen Gewalt.

Caj. I, 55. sq. *Ulp.* V, 1. *Inst.* I, 9. *Cod.* VIII, 47. De patria potestate. *Dig.* I, 6. De his qui sui vel alieni juris sunt.

I. Von dem Verhältnisse zwischen Eltern und Kindern.

A. Im Allgemeinen.

Paul. II, 24. *Dig.* XXV, 3. De agnosc. et alend. lib., vel parent. etc. XXV, 4. De inspic. vent., custod. partu. II, 4. De in jus voc. XXXVII, 15. De obsequiis parent. et patron. praest. l. 11. cod. de naturalib. lib. (5. 27.).

§. 332.

Um das Charakteristische der väterlichen Gewalt nach römischem Rechte hervorzuheben, wird hier am Besten das Verhältniß der Eltern zu den Kindern ohne Rücksicht auf dieselbe vorausgeschickt. Die Mutterschaft ist zuvörderst in der Regel nicht Gegenstand eines Streites; wohl aber kann die Vaterschaft streitig seyn. Da alles Uebrige hievon abhängt, so müssen beide Eltern die Kinder anerkennen, und hiefür existirt ein eignes praejudicium de partu agnoscendo, welches vor allen Streitigkeiten über väterliche Gewalt, Intestaterbrecht u. s. f. vorkommen kann. Dabei gilt für den Mann, der in irgend einem Zeitpunkte zwischen der Zeugung und Geburt mit der Mutter verheirathet war, die Präsumtion: pater est, quem nuptiae demonstrant. Indessen ist weder für den Mann noch für Dritte ein Gegenbeweis ausgeschlossen. Damit übrigens der Mann oder seine Erben vor Unterschiebung von Kindern einigermaßen gesichert seyen, so ist nach dem SC. Plancianum für den ersten Fall und durch das prätorische Edict für den zweiten gesorgt. Hält sich nämlich die Frau bei der Ehescheidung für schwanger, so muß sie Dieß binnen dreißig Tagen dem Mann anzeigen, worauf dieser entweder der Vater-

schaft sogleich widersprechen, oder Wächter für die Frau senden kann. Ebenso ist es, wenn die Frau sich bei dem Tode des Mannes für schwanger hält; nur muß sie binnen einem Monat zweimal an die Interessenten schicken, und diese können dann Weiber zur Untersuchung der Frau senden, und alle Vorsicht vor und nach der Geburt gegen die Unterschiebung eines Kindes brauchen. Indessen schließen diese Bestimmungen den ordentlichen Proceß über Kindschaft und Vaterschaft nicht aus. Uebrigens kann auch der Mann, wenn er bei der Ehescheidung die Frau für schwanger hält, dieselbe unaufgefordert untersuchen und bewachen lassen. Wird ein Kind nach getrennter Ehe, aber innerhalb der ersten zehn Monate geboren, so streitet die Vermuthung für dessen eheliche Geburt; doch gilt auch hier ein Gegenbeweis. — Sind die Kinder von den Eltern anerkannt, so haben diese 1) im Verhältnisse zu den Kindern Anspruch auf besondere Ehrerbietung und Alles, was hieraus folgt. Daher können die Kinder in der Regel nie famosae actiones und peinliche Anklagen gegen die Eltern erheben, sondern nur in factum klagen und excipiren, überhaupt dieselben nicht vor Gericht ziehen, ausser nach vorgängiger richterlicher Untersuchung und Erlaubniß, auch nicht zum Zeugnisse gegen dieselben gezwungen werden. Die Eltern haben das Recht und die Pflicht der Erziehung und Ernährung, auch der Züchtigung, und insofern sie dieselben ernähren, Anspruch auf Dienste und Arbeiten der Kinder. Gegenseitig findet das sg. beneficium competentiae statt. Alles Dieß gilt auch für das Verhältniß der Mutter zu ihren unehelichen Kindern. Einen Vater haben diese juristisch nicht, daher auch keinen Anspruch an ihn. 2) Im Verhältniß zu Dritten haben die Eltern zu Folge des eben Erwähnten den Anspruch auf ungestörte Ausübung dieser Rechte.

B. Von der Verpflichtung zur Alimentation insbesondere.

Dig. XXV, 3. De agn. et alendis lib. *Cod.* V, 25. De al. lib. et par. *Nov.* 89. c. 12. §. 6.

§. 333.

Unter Alimenten sind nach römischem Rechte Speise und

Trank, Kleidung und Wohnung (cibaria et vestiarium et habitatio) zu verstehen *a*). Die Pflicht, Alimente zu geben, kann zwar auf einem Vertrage beruhen; doch läßt sich hierüber nichts Allgemeines sagen. Verpflichtet zur Alimentation sind Ascendenten und Descendenten wechselseitig. Was nun I. die verpflichteten Personen betrifft, so gehört dahin A) der Vater hinsichtlich der ehelichen Kinder, der adoptirten, so lange sie in seiner Gewalt stehen, und der Concubinenkinder; andere uneheliche Kinder haben keinen Anspruch auf Alimente gegen den Vater. Nach dem Vater ist B) die Mutter, wenn sie wohlhabend ist, und bei unehelichen Kindern, wenn sie naturales liberi sind, vor dem Vater, wenn sie andere uneheliche Kinder sind, allein verpflichtet. C) Weitere Ascendenten sind überhaupt nur als eheliche verpflichtet und zwar nach Vater und Mutter, doch die väterlichen vor den mütterlichen. D) Kinder sind gegen alle jene Personen zu Alimenten verpflichtet, gegen welche sie im umgekehrten Falle berechtigt sind. Was II. die Größe der Alimente betrifft, so richtet diese sich nach dem Stande des Bedürftigen und dem Vermögen des Verpflichteten. III. Die Verpflichtung fängt an mit dem Bedürfnisse, also bei dem Vater in der Regel mit der Geburt des Kindes. IV. Die Verpflichtung fällt weg mit dem Bedürfnisse, also namentlich wenn Kinder sich selbst ernähren können, sey es aus eignem Vermögen, oder durch Erwerb aus ihren Arbeiten. Geben in diesem Falle Vater und Mutter die Alimente dennoch, so können sie dieselben, wenn sie es sich nicht ausbedungen haben, nicht zurückfordern; doch leidet dieses keine Anwendung auf andere Verpflichtete. Auch durch Tod des Berechtigten oder durch ein schweres Verbrechen hört die Pflicht auf. Stirbt der Verpflichtete, so sind seine Erben nicht weiter in Anspruch zu nehmen, ausgenommen vom Vater, wenn er ganz verarmt ist. — Die besondern Grundsätze über Schenkungen können auf Alimentation, da diese nichts Freiwilliges ist, nicht angewandt werden. —

---

a) L. 6. 7. 23. D. de alim. vel cib. legat. (34. 1.).

II. Begriff der väterlichen Gewalt.

Caj. I, 55. Ulp. IV, 1. §. 10. Inst. de adopt. (1. 11.). l. 196. D. de V. S. (50. 16.).

§. 334.

Die väterliche Gewalt (*patria potestas*) ist der Inbegriff derjenigen Rechte, welche dem Haupt einer Familie über die freien Glieder derselben zusteht. Begründet ist sie in dem Bedürfnisse der Erziehung, daher ist sie juris naturalis. Durch die sehr positiven Bestimmungen des römischen Rechts ist sie aber juris civilis; denn sie steht nur dem paterfamilias, also auch nur dem civis zu; auf die natürliche Vaterschaft kommt es nicht immer an; sie ist in der Art untheilbar, daß nicht Mehrere über dieselbe Person zugleich väterliche Gewalt haben können, und niemals ein Weib; sie dauert an sich für die ganze Lebenszeit des paterfamilias, über das Bedürfniß der Erziehung hinaus; auch für den derselben Unterworfenen ist civitas unerläßliches Erforderniß. — Das Verhältniß sowohl des Inhabers der Gewalt zu dem Unterworfenen als umgekehrt wird gewöhnlich umschrieben. Die Ausdrücke paterfamilias, filius- (filia-) familias haben nur eine allgemeine Bedeutung, und zeigen bloß das Verhältniß der Unabhängigkeit oder Abhängigkeit, nicht aber die Relation zu der abhängigen Person oder zu der unabhängigen an. Der Ausdruck suus (sua) wird bloß in der Relation zum Gewalthaber, aber nur im erbrechtlichen Verhältnisse gebraucht. ←

III. Von dem Inhalte der väterlichen Gewalt.

A. Im Allgemeinen.

Coll. IV, 8. *Paul.* V, 1. §. 1. *Cod.* IV, 43. De patrib., qui fil. suos distraxerunt.

§. 335.

Die väterliche Gewalt, schon ursprünglich nur ein, wiewohl sehr strenges Abhängigkeits-Verhältniß der freien Familienglieder von dem Familienhaupte und nicht ein wirkliches Eigenthum an den Kindern enthaltend, verlor besonders unter den

Kaisern immer mehr den Charakter der Strenge *a*). Zu Justinians Zeit war das jus vitae et necis, das Recht der Aussetzung, das Recht der noxae datio (§. 300), das Recht des Verkaufs und der Verpfändung ganz verschwunden. Die väterliche Gewalt bewirkte daher nur noch eine, wiewohl vielfach modificirte Einheit der Person zwischen dem Vater und allen seiner Gewalt unterworfenen Personen *b*). Indessen fiel diese Einheit der Person, auch schon nach älterem Rechte, in allen öffentlichen Verhältnissen und für das im Kriege erworbene Vermögen des Sohnes weg. Die Folge derselben war früher, und zum Theil auch noch zu Justinians Zeit, daß das Kind Alles, was es erwarb, für den Vater erwarb *c*), daß zwischen Beiden weder obligatio noch actio möglich war *d*), daß der Sohn nicht Zeuge bei dem Testament des Vaters seyn konnte, und daß das Kind die Erbschaft des Vaters als suus heres ipso jure erwarb. Wichtig ist im Justinianischen Rechte ausserdem nur noch der Consens des Vaters bei der Eingehung einer Ehe (§. 304), die Ernennung eines tutor im Testament (§. 353), das Recht der pupillaris substitutio (§. 387), und im Verhältnisse zu Dritten das Recht, die Auslieferung und ungestörte Abholung der Kinder zu verlangen. Für jene findet das Interdict de liberis exhibendis, für diese das Interdict de liberis ducendis statt *e*). Ausser diesen Interdicten steht dem Vater gegen den Verführer seines Kindes die utilis de servo corrupto actio auf das Doppelte des Schadens *f*) und wegen heimlicher Wegführung die furti actio zu g). Gegen das Kind selbst, bedarf er, wenn die väter-

---

a) Schweppe R. G. §. 372—374. Zimmern R. G. §. 181. 182.

b) L. 11. cod. de impub. et al. subst. (6. 26.).

c) *Caj.* II, 86. sq. III, 163. *Ulp.* XIX, 18. *Inst.* II, 9. *Cod.* IV, 27. Per quas pers. cuiq. adquir. *Inst.* III, 28. (29.). Per quas pers. nob. obl. adquir.

d) Hinsichtlich der Peculien galten hievon wichtige Ausnahmen.

e) *Dig.* XLIII, 30. De liber. exhibendis et duc. *Cod.* VIII, 8. De lib. exh. s. deduc., et de lib. hom. exhib.

f) L. 14. §. 1. D. de servo corrupto (11. 3.).

g) L. 14. §. 13. l. 38. §. 1. D. de furt. (47. 2.).

liche Gewalt anerkannt ist, keiner gerichtlichen Hülfe; ist dagegen die väterliche Gewalt in Abrede gestellt, so tritt eine prätorische cognitio ein. *h*).

B. Insbesondere Vermögensverhältnisse.

1. Peculium.

Ulp. XX, 10. *Paul.* III, 4. a) §. 1. Pr. Inst. quib. non est permiss. fac. test. (2. 12.) §. 6. Inst. de milit. test. (2. 11.). *Dig.* XV, 1. De peculio. XLIX, 17. De castrensi pec. *Cod.* I, 3. De episc. etc. et *castr. peculio* etc. XII, 37. De castr. pec. milit. et praefect.. XII, 31. De castr. omn. palatinor. pec.. — *Nov.* 123. c. 19.

§. 336.

Schon sehr frühe war es gewöhnlich, daß der Vater seinem Hauskinde die Administration eines Theils seines Vermögens übergab. Hiebei war durchaus nichts Eigenthümliches, als daß der Sohn, so weit seine Administration reichte, den Vater gegen die Regel ärmer machen konnte. Dieses dem Sohne zur Verwaltung überlassene Vermögen heißt *peculium*, und man nennt es heutigen Tags nach Analogie der profectitia dos, peculium profectitium. Der Sohn erhielt jedoch nach und nach folgende Rechte auf das peculium: Er kann es als eignes Vermögen in Anspruch nehmen, wenn des Vaters Vermögen confiscirt wird, wenn die väterliche Gewalt durch Erhebung des Sohnes zu einer hohen Staatswürde aufgelöst wird, oder der Vater dasselbe bei der Emancipation nicht zurückzieht. Ueber die Verhältnisse Dritter zum Vater hinsichtlich dieses peculium vergl. §. 226. Zu dieser Ausnahme kam noch eine viel umfassendere, jedoch auch schon frühe, hinzu. Was nämlich der Sohn im Kriegsdienste und mit Rücksicht auf denselben erwirbt, also Alles, was er zur Ausrüstung, was er als Sold, was er als Beute erwirbt, was ihm Commilitonen durch Freigebigkeit zuwenden, ja was er von seiner Frau als Soldat erbt, und was er mit solchermaßen erworbenem Gelde kauft, das Alles soll ein eignes Vermögen des

---

h) L. 1. §. 2. D. de R. V. (6. 1.). l. 5. §. 3. D. de lib. exh. (43. 30.). l. 3. cod. de patr. pot. (8. 47.).

Sohnes bilden, worüber er inter vivos und mortis causa frei verfügen kann, rücksichtlich dessen er also als paterfamilias zu betrachten ist. Dieß heißt *castrense peculium*. Stirbt jedoch der Sohn in der väterlichen Gewalt, ohne darüber auf den Todesfall disponirt zu haben, so fällt dieses Vermögen jure peculii an den Vater; auch kann dieser eine zu dem peculium gehörige Erbschaft, welche der Sohn ausgeschlagen hat, antreten, und das peculium selbst an sich ziehen, wenn der Sohn sein Vermögen durch ein Verbrechen verwirkt hat. — Späterhin behandelte man noch andern Erwerb des Sohnes nach ganz gleichen oder ähnlichen Principien. Dazu gehört, was der Sohn durch Staatsdienst, was er als Advocat und Assessor, was er als Geistlicher erwirbt, und endlich was ihm vom Kaiser und der Kaiserin geschenkt wird. Daher heißt dieses Vermögen des Sohnes *quasi castrense peculium*. — Diese drei Ausnahmen von der Regel sind es allein, in welchen von einem peculium die Rede ist. Das Charakteristische besteht darin, daß es ein vom Sohne administrirtes Vermögen ist, welches entweder dem Vater schlechthin gehört, aber doch gewissermaßen als Vermögen des Vaters angesehen wird.

2. Anderes Vermögen der Kinder.

Cod. VI, 60. De bon. matern. et mat. gen.. 61. De bon., quae liber. in pot. constitut. ex matrim. vel alias adquir., et eor. administr..

§. 337.

Nach und nach, und besonders seit Constantin wurde die Möglichkeit, eignes Vermögen zu haben, für die Kinder immer mehr ausgedehnt; jedoch wurden daran dem Vater ausgedehntere Rechte belassen als an dem castrense peculium. Zuerst sollte das Kind das Eigenthum erwerben an allen bonis maternis, dann auch an den bonis materni generis, später an Allem, was Kinder aus einer Ehe lucrirten, noch später auch an der sponsalitia largitas, und seit Justinian an Allem, was die Kinder nicht aus oder mit des Vaters Vermögen erwerben, und was nicht peculium wird. Dieß nennt man jetzt, aber im römischen Sinne nicht bezeichnend, *peculium adventitium*.

Die Rechtsverhältnisse sind hiebei regelmäßig folgende: Der Sohn wird in Beziehung hierauf nicht als paterfamilias betrachtet. Er hat zwar die Proprietät, der Vater aber hat den ususfructus und die Administration, so lange die väterliche Gewalt dauert. Wegen dieser Theilung der Rechte zwischen Vater und Sohn müssen auch Beide in den Erwerb consentiren. Ueberlebt der Sohn die Auflösung der väterlichen Gewalt, so wird er freier Herr. Der Vater braucht über seine Verwaltung keine Rechnung abzulegen, keine Caution zu stellen, und darf nur in der Regel keine Veräusserung vornehmen, es müßten denn Erbschaftsschulden oder Legate zu zahlen, oder die Sachen nicht aufzubehalten seyn, entweder weil sie untergehen würden, oder weil ihre Aufbewahrung im Verhältnisse zu ihrem Werthe zu kostbar wäre. Eine grundlose Veräusserung ist ungültig, und gegen das Kind läuft während der Gewalt weder usucapio noch Verjährung. Wird die Gewalt aufgelöst, und zwar A) durch den Tod des Vaters, so wird nun das sg. peculium adventitium freies Vermögen des Sohnes; B) durch Emancipation, so verbleibt dem Vater als praemium s. pretium emancipationis nach neuestem Rechte an der Hälfte der ususfructus; C) durch den Tod des Sohnes, so tritt immer nach neuestem Rechte Intestaterbfolge ein, denn ein Testament kann der Sohn über dieses Vermögen nicht machen. —

Fortsetzung.

Nov. 117. c. 1.

§. 338.

Ausnahmsweise hat der Vater die im vorigen Paragraphen genannten Rechte nicht, 1) wenn derselbe zu einem dem volljährigen Sohne möglichen Erwerbe nicht consentiren will, und dieser dessen ungeachtet erwirbt. Ist der Sohn noch minor, so kann der Vater die Administration übernehmen; er muß es aber nicht. 2) Wenn dem Sohn etwas geschenkt oder hinterlassen ist unter der Bedingung, daß der Vater keine Rechte daran haben solle. 3) Wenn der Vater zugleich mit seinen Kindern ein verstorbenes Kind ab intestato beerbt. 4) Wenn der Vater mit

einem dem Kinde auszuliefernden Fideikommiß unredlich verfährt, wo er dasselbe sogleich herausgeben muß, ohne Rechte daran zu erlangen. — Noch andere Fälle sind oben §. 326 vorgekommen. Diese Fälle begreift man jetzt unter dem Namen *peculium irregulare s. extraordinarium*, im Gegensatze des im vorigen Paragraphen abgehandelten *pec. adv. regulare s. ordinarium.* Uebrigens kann das Kind über dieses sg. pec. irregulare so wenig testiren als über das sg. regulare. — Zu bemerken ist noch, daß man jetzt häufig das sg. peculium profectitium und adventitium mit dem Collectivnamen *paganum* bezeichnet, im Gegensatze von *peculium militare.*

IV. Entstehung.

A. Durch Erzeugung.

Caj. I, 55—57. *Ulp.* V, 1. Pr. §. 3. Inst. h. t. (1. 9.). l. 3. sq. D. h. t. (1. 6.).

§. 339.

Soll auf natürlichem Wege die väterliche Gewalt entstehen, so muß der Vater mit der Mutter in einer rechtmäßigen Ehe leben, und zwar nach dem Justinianischen Rechte wenigstens in irgend einem Zeitpuncte zwischen der Erzeugung und Geburt. Da Niemand väterliche Gewalt haben kann, der nicht paterfamilias ist, so erwirbt Derjenige, der die Gewalt über den filiusfamilias hat, dieselbe auch über dessen eheliche Descendenten. Stirbt er, so erhält nun der filiusfamilias die Gewalt über seine leiblichen Kinder.

B. Durch sg. legitimatio.

§. 13. Inst. de nupt. (1. 10.). §. 2. Inst. de heredit. quae ab intest. (3. 1.). *Cod.* V, 27. De naturalib. liber., et matrib. eor., et ex quib. caus. justi efficiantur. *Nov.* 74. *Nov.* 89.

§. 340.

Die Legitimation ist die Erwerbung der väterlichen Gewalt über liberi naturales dadurch, daß diese den Charakter von ehelichen Kindern erhalten. Zuerst war diese Erwerbart der

väterlichen Gewalt, mit welcher für die Kinder eine capitis diminutio eintritt, nur eingeführt, um dem Concubinat entgegen zu wirken. 1) Die älteste Art der Legitimation ist die Verehelichung mit der Concubine (sg. legitimatio per subsequens matrimonium). Wo diese möglich ist, da soll nach Justinian eine Arrogation der Concubinenkinder verboten seyn. 2) Später wurde eingeführt und von Justinian noch näher bestimmt die curiae datio, d. h. die Legitimation eines Concubinenkindes dadurch, daß es der Vater beredet, Decurio zu werden, oder, wenn es eine filia ist, einen Decurio zu heirathen. Jedoch darf der Vater einem solchen Kinde nicht mehr zuwenden, als er dem wenigst bedachten ehelichen Kinde giebt. 3) Erst von Justinian wurde dem Manne gestattet, wenn er nur Concubinenkinder habe und deren Mutter nicht heirathen könne, sich an den Regenten um ein Rescript zu wenden, wodurch die Kinder die Rechte der ehelichen erhalten sollten, und der Vater die patria potestas über dieselben (sg. legitimatio per rescriptum principis). Hatte der Vater erweißlich die Absicht, durch Rescript die Kinder legitimiren zu lassen, starb er aber darüber hinweg, so können noch die Kinder selbst das Rescript erwirken, insofern der Vater in seinem schriftlichen Testament, nach dessen Verfertigung er aber nicht wieder genesen seyn darf, erklärt hatte, die Kinder sollten ihm als Intestaterben succediren. Dabei ist nothwendig, daß sie dem Kaiser das Testament vorlegen, und daß sie die Erbschaft angetreten haben. Dieß ist die jetzt sg. legitimatio per testamentum. Uebrigens müssen bei allen Arten der Legitimation die Kinder, da sie sui juris sind, einwilligen. —

C. Durch adoptio.

Caj. I, 97—107. *Ulp.* VIII. *Inst.* I, 11. De adoptionibus. *Dig.* I, 7. De adoptionib., et emanc., et al. mod. quib. pot. solv. *Cod.* VIII, 48. De adopt.

1. Begriff und Arten.

§. 341.

Adoptio ist ursprünglich die freiwillige Erwerbung der

väterlichen Gewalt über eine Person, die vorher nicht in der Gewalt des Erwerbers war, oder aufgehört hatte, in derselben zu seyn, dadurch, daß sie an Kindes oder Enkels Statt angenommen wird. Die Erfordernisse sind zunächst die allgemeinen für das Daseyn der väterlichen Gewalt. Eine Frau kann daher ursprünglich nicht adoptiren, und auch, nachdem ihr Dieß zum Troste, wenn sie eigne Kinder verloren hat, gestattet worden ist; und zwar unter der Bedingung, daß sie sich hiefür ein Rescript vom Regenten auswirke, erwirbt sie doch niemals die väterliche Gewalt, sondern die adoptirte Person erwirbt nur Kindesrechte gegen die Frau in Beziehung auf Erbrecht und Alimente. Uebrigens muß der Adoptirende wenigstens achtzehn Jahre älter seyn als der Adoptirte. Castraten sind unfähig zu adoptiren. Verwandtschaft macht diese Erwerbungsart nicht unmöglich; namentlich kann der Vater sein emancipirtes Kind adoptiren, worauf die Emancipation als nicht geschehen angesehen wird; nur darf die emancipirte Person kein Adoptivkind gewesen seyn. Zeitbestimmungen und Repräsentation sind unzulässig, und der Mann darf Concubinenkinder, wenn die Ehe mit ihrer Mutter möglich ist, nicht adoptiren. Wer schon ein Kind oder mehrere hat, gleichviel ob leibliche oder adoptirte, soll in der Regel nicht adoptiren können; auch soll man in der Regel nicht mehrere Kinder zugleich adoptiren. Will Jemand nepotis loco ex certo filio adoptiren, so muß der in der Mitte stehende Sohn einwilligen. Die Adoption ist entweder *arrogatio*, wenn die väterliche Gewalt über einen homo sui juris erworben wird, oder *adoptio* im engern Sinne, wenn die an Kindes oder Enkels Statt angenommene Person bisher schon in einer andern väterlichen Gewalt gestanden hatte.

2. Erfordernisse.

§. 342.

Die besondern Erfordernisse 1) der *arrogatio* bestanden ehemals *a*) hauptsächlich a) in der Form dieser Handlung,

a) Vergl. Hugo R. G. S. 151. Schweppe R. G. §. 380. Zimmern R. G. §. 221.

welche aber im neuesten Recht auf eine causae cognitio durch die Obrigkeit und die Erlangung eines Rescripts vom Regenten reducirt ist. Die causae cognitio ist auf die persönlichen Verhältnisse überhaupt und insbesondere darauf gerichtet, ob die Arrogation weder dem zu Arrogirenden noch einem Dritten zum Nachtheil gereiche. Der Tutor oder Curator darf vor Ablegung der Rechnung seinen Pupillen oder Curanden nicht arrogiren; Weiber können nach neuerem Recht arrogirt werden; der arrogator muß in der Regel sechzig Jahre alt seyn. Unmündige können zwar nach neuerem Recht arrogirt werden, jedoch nur dann, wenn der Arrogator durch Bürgen Caution bestellt, daß er dem Arrogirten dessen Vermögen bei der allenfallsigen Emancipation, und daß er es, im Fall der Arrogirte als impubes sterbe, dessen Verwandten, ferner, daß er ausserdem demselben, wenn er ihn ohne Grund emancipire oder exheredire, den vierten Theil seines eignen Vermögens herausgeben werde (sg. quarta Divi Pii) *b*). Ein weiteres Erforderniß ist b) Einwilligung des zu Arrogirenden, und weil dazu infantes nicht fähig sind, so können sie nicht arrogirt werden. 2) Zur *adoptio* ist nach neuerem Rechte hinsichtlich der Form *c*) nichts nothwendig, als daß der adoptans und der bisherige Inhaber der väterlichen Gewalt vor dem Richter, der darüber ein Protokoll aufzunehmen hat, ihre Absicht erklären; Einwilligung des zu Adoptirenden ist ebenfalls nothwendig, indessen braucht er nur nicht zu widersprechen.

---

b) *Caj.* I, 102. *Ulp.* VIII, 5. §. 3. Inst. h. t. (1. 11.). Hat der Arrogator durch Veräusserungen unter Lebenden sein Vermögen geschmälert, um dem Arrogirten das ihm gebührende Viertheil zu verringern, so hat dieser gegen jene Veräusserung die Faviana, oder Calvisiana actio, wie der Patron gegen den Freigelassenen. §. 452.

c) Ueber das ältere Recht: Hugo R. G. S. 150. Schweppe und Zimmern a. a. O.

3. Wirkungen.

§. 2. Inst. h. t. (1. 11.). l. 10. cod. h. t. (8. 48.). §. 1. Inst. de nuptiis (1. 10.).

§. 343.

Was hier A) die *arrogatio* betrifft, so liegt 1) hinsichtlich der persönlichen Verhältnisse darin a) eine minima capitis diminutio für den Arrogirten, indem der Arrogator nicht nur über ihn, sondern auch über seine Hauskinder die patria potestas erhält. b) Der Arrogirte hört auf, Agnat in seiner bisherigen Familie zu seyn; Cognat bleibt er. Dagegen wird er Agnat und Cognat seines Arrogator und aller Agnaten desselben, aber auch nur dieser. c) Auch erhält er den Stand des Arrogator, wenn dieser höher ist als sein bisheriger; dagegen behält er seinen bisherigen Stand, wenn dieser höher ist als der des Arrogator. 2) Hinsichtlich der Vermögensverhältnisse erhält a) der Arrogator an dem gesammten Vermögen des Arrogirten, soweit nicht die darin enthaltenen Rechte durch die capitis diminutio erlöschen, den ususfructus, wogegen er die darin enthaltenen Schulden bezahlen, oder das Vermögen den Gläubigern abtreten muß *a*). b) Der Arrogirte erlangt für die Dauer der Gewalt Erbrechte in der Familie des Arrogator. Was B) die *adoptio* betrifft, so muß man nach neuerem Rechte so unterscheiden: 1) der Adoptirende ist ein leiblicher Ascendent des Adoptirten. Dann sind a) die persönlichen Verhältnisse dieselben wie bei der Arrogation; nur erwirbt der Adoptivvater nicht die Gewalt über die Kinder des Adoptirten, indem diese in der bisherigen Gewalt bleiben. Hinsichtlich b) des Vermögens behält der leibliche Vater den ususfructus an dem schon Erworbenen, und der Adoptivvater erhält ihn an dem spätern Erwerb. Die Erbrechte sind dieselben wie bei der Arrogation. Diese adoptio nennt man jetzt *plena*. 2) In allen andern

---

a) *Caj.* III, 82—84. *Inst.* III, 10. (11.). De adquisitione per adrogationem.

Fällen *b*) wird durch adoptio die bisherige väterliche Gewalt nicht aufgelöst, sondern nur, so lange keine Emancipation stattfindet, Intestaterbrecht begründet, wobei das Adoptivkind als suus heres betrachtet wird. Diese adoptio nennt man jetzt *minus plena*. Eine allen Arten der Adoption gemeinschaftliche Wirkung ist, daß sie für immer eine Ehe zwischen dem Adoptivvater und dessen Gattin auf der einen und dem Adoptivkind und dessen Gatten auf der andern Seite hindert; nur für die Dauer der Adoption ist die Ehe zwischen den Ascendenten des Adoptivaters und dem Adoptivkinde, und zwischen diesem und einem leiblichen Kinde des Adoptivvaters verboten, ebenso die Ehe zwischen dem Adoptivkinde und Agnaten des Adoptivvaters, zu welchen es im sg. respectus parentelae steht und endlich zwischen dem Adoptivkind und der Mutterschwester des Adoptivvaters.

D. Auf andere Weise.

Caj. I, 65. sq. *Ulp.* VII, 4. *Cod.* VIII, 50. De ingratis liberis.

§. 344.

Da die im ältern Rechte sehr wichtigen causae probationes *a*) weggefallen sind, so findet im Justinianischen Rechte nur noch **eine** Erwerbung der väterlichen Gewalt statt, nämlich dadurch, daß ein emancipirtes Kind zur Strafe seiner Undankbarkeit gegen den ehemaligen Inhaber der väterlichen Gewalt, wenn er leiblicher Ascendent ist, in die patria potestas zurückfallen soll.

---

b) Giebt jedoch Jemand seinen leiblichen Enkel, welcher ihm nicht als Intestaterbe succediren könnte, einem Andern in Adoption, so erwirbt der Adoptivvater, ohne Rücksicht darauf, ob er Ascendent des Adoptirten ist oder nicht, immer die väterliche Gewalt. L. 10. §. 4. cod. h. t. (8. 48.).

a) Hugo R. G. S. 913. 914. Schweppe R. G. §. 409. 410. Zimmern R. G. 214. 219.

V. Auflösung der väterlichen Gewalt.

Caj. I, 127—137. *Ulp.* X. *Paul.* II, 25. *Inst.* I, 12. Quib. mod. jus patr. pot. solv.. *Dig.* I, 7. De adopt. et emancipationib. *Cod.* VIII, 49. De emanc. liber.. l. 5. cod. de consul. (12. 3.). *Nov.* 12. c. 2. 3. *Nov.* 81. *Nov.* 89. c. 11. *Nov.* 115. c. 3. *Nov.* 118. c. 1. 2. *Nov.* 123. c. 4.

A. Unfreiwillige Auflösung.

§. 345.

Diese erfolgt 1) durch den Tod des Kindes und des Vaters (siehe jedoch §. 339). 2) Durch maxima und media capitis diminutio sowohl des Vaters als des Kindes *a*). 3) Durch Erlangung einer hohen Würde auf Seiten des Sohnes, wobei jedoch nicht alle Wirkungen der väterlichen Gewalt wegfallen, namentlich nicht die Agnationsverhältnisse, und die väterliche Gewalt des Sohnes über seine Kinder beim Tode des Vaters. 4) Zur Strafe für den Vater, wenn derselbe eine inceste Ehe schließt.

B. Freiwillige Auflösung.

§. 346.

Diese erfolgt 1) durch *datio in adoptionem* des Kindes, 2) durch Arrogation des Vaters von Seiten eines Dritten, 3) durch *emancipatio*, d. h. durch Entlassung des Kindes aus der väterlichen Gewalt. Dazu gehört nach neuestem Recht *a*) a) als Form entweder Auswirkung eines kaiserlichen Rescripts (sg. emancipatio Anastasiana) oder bloße Erklärung vor dem Richter (sg. emancipatio Justinianea). b) Die Einwilligung des Vaters, ausgenommen, wenn der Vater den Sohn mißhandelt hatte; wenn der Vater was ihm unter der Bedingung, das Kind zu emancipiren, letztwillig hinterlassen war, angenommen hat; wenn er die väterliche Gewalt durch Arrogation eines impubes erworben hatte, und dieser

---

a) Jedoch gilt bei feindlicher Gefangenschaft das postliminium.

a) Ueber das ältere Recht: Hugo R. G. S. 160. f. 494. Schweppe R. G. §. 385. Zimmern R. G. 225.

die Emancipation als pubes fordert. c) Das Kind, wenn es nicht ein Adoptivkind ist, darf nicht widersprechen. — Was die Wirkungen der Emancipation betrifft, so hört dadurch die bisherige väterliche Gewalt auf, und das Kind erleidet eine minima capitis diminutio. Das emancipirte Adoptivkind tritt aus allem Verband mit der Familie des Adoptivvaters heraus; zu seiner leiblichen Familie aber kommt es in das Verhältniß, als ob es vom leiblichen Vater emancipirt wäre. Ueber die Wirkungen der Emancipation auf das sg. peculium profectitium siehe §. 336; das castrense und quasi castrense hört nur auf peculium zu seyn, erleidet aber sonst materiell keine Aenderung. Ueber den Einfluß der Emancipation auf das sg. pecul. adventitium siehe §. 337. — Ueber die Erbrechte nach der Emancipation das Erbrecht. —

Drittes Capitel.

Von der Sclaverei *a*).

I. Juristischer Charakter der Sclaverei.

Caj. I, 48—54. II, 86—96. III, 114. 164—167. *Ulp.* XIX, 18—21. *Collat.* III. *Inst.* I, 8. II, 9. III, 17. (18.) 28. (29.). *Dig.* I, 6. VII, 7. XL, 12. XLV, 3. *Cod.* IV, 14. 27. VII, 16. 17. 18. 23.

§. 347.

In der Sclaverei liegen zwei Verhältnisse, welche wohl von einander geschieden werden müssen, nämlich das Eigenthum des Herrn an dem Sclaven und die potestas über denselben. Das erstere hat durchaus nichts von der Regel Abweichendes, der Sclave ist Sache; es findet an ihm Eigenthum, ususfructus, usus und eine eigne Servitut: operae servorum, so wie Pfandrecht statt. Hinsichtlich des ususfructus und der b. f. possessio an einem Sclaven gilt nichts Besonderes, und nur Das verdient hier allenfalls herausgeho-

a) Ihrem ganzen Umfange nach gehört diese Lehre in die römische Rechtsgeschichte. Vergl. Hugo R. G. S. 121 f. 137. ff. 478 ff. 485. 907 ff. 911. 1112. Schweppe R. G. §. 343—366. Zimmern R. G. §. 179. 180. 183—192. 194—218.

ben zu werden, daß aller Erwerb des Sclaven aus dem Vermögen des usufructuarius und b. f. possessor, und der Gewinn aus seiner Arbeit an diese fällt, während aller andere Erwerb dem Eigenthümer zukommt. Hinsichtlich der potestas bildet die Sclaverei einen Gegenstand des Personenrechts. Der Sclave ist durchaus nicht rechts=, soweit es sich aber darum handelt, den Herrn reicher zu machen, vollkommen handlungsfähig. Er ist der nothwendige Repräsentant seines Herrn; was er erwirbt, erwirbt er diesem. Von einem Rechtsverhältnisse zwischen Herrn und Sclaven kann keine Rede seyn, und nur willkührliche Tödtung und Mißhandlung durch den Herrn bewirkt für diesen im neuern Rechte Strafe. — Auch ist beim Sclaven ein peculium möglich, welches im Ganzen den Charakter des sg. peculium profectitium beim filiusfamilias hat. — Uebrigens findet hier ein liberale judicium statt, welches mit den Präjudicialklagen in andern Familienverhältnissen Aehnlichkeit hat, und von dessen Entscheidung alle Rechte am Sclaven abhängen.

II. Entstehung der Sclaverei.

Caj. I, 91. 159. 160. *Ulp.* XI, 11. *Paul.* II, 21 *a*). *Inst.* I, 3. 4. 16. III, 12. l. 5. D. de statu homin. (1. 5.). *Dig.* IV, 5. XL, 13. XLIX, 15. *Cod.* VII, 18. 24. VIII, 51.

§. 348.

Die Sclaverei entsteht 1) durch Geburt von einer Sclavin. Auf den Vater kommt es hier nicht an. Das Sclavenkind fällt als Accession dem Herrn der Sclavin zu. Eine Ehe findet bei Sclaven nicht statt, und das was bei Freien Ehe ist, ist beim Sclaven nur contubernium, welches aber gar keine rechtliche Wirkung hat. 2) Durch Gefangenschaft, indem gefangene Feinde Sclaven werden, gefangene Römer servi sine domino, wobei das postliminium stattfindet. 3) Als Strafe, was im neuesten Rechte nur noch insofern besteht, als mit gewissen Strafen Sclaverei verbunden ist, und Derjenige, der sich selbst verkaufen läßt, um den Käufer zu betrügen, servus sine domino wird. Freier Vertrag erzeugt

die Sclaverei. Die Verwandlung eines Freien in einen Sclaven ist maxima capitis diminutio.

III. Auflösung der Sclaverei.

Caj. I, 13. 15—18. 25—27. 44. II, 186. 187. 263—267. 272. 276. *Ulp.* I, 6—12. 19. II. XXII, 2. 7. 12. XXV, 18. *Paul.* IV, 12. 13. *Fragm. Regul. Dosith.* §. 6. 13. *Inst.* I, 5. 6. *Dig.* I, 10. XVIII, 7. XL, 1. 2. 4. 5. 7—9. *Cod.* I, 13. IV, 55—57. VII, 1. 2. 4. 7. 8. 11—13. 15.

§. 349.

Die Sclaverei hört auf A) durch feierliche Freilassung (manumissio), wozu im Justinianischen Rechte nichts erfordert wird, als die Erklärung des Herrn vor fünf Zeugen oder im Testament, oder daß der Herr apud acta den Sclaven sein Kind nenne. Indessen kann die Freilassung auch erzwungen werden, wenn sich der Herr vorher dazu verpflichtet hat. Die alten Beschränkungen der Freilassung sind durch Justinian aufgehoben. Uebrigens können durch die Freilassung die Rechte dritter Personen nicht einseitig geschmälert werden, namentlich nicht jene des usufructuarius und Pfandgläubigers. Das Recht des erstern hindert zwar die Freiwerdung nicht, aber der usufructus dauert am Freigelassenen fort; das Pfandrecht am Sclaven bewirkt Aufschub der Freiwerdung, bis der Pfandgläubiger befriedigt ist, nur muß die Verpfändung eine specielle seyn. B) Ohne Freilassung wird der Sclave, da die Freiheit vielfach begünstigt ist, frei 1) wenn die Freiwerdung auf irgend eine Weise gültig zur Bedingung gemacht ist; 2) wenn der zur Freilassung verpflichtete Herr dieselbe verzögert; 3) wenn der Sclave die Mörder des Herrn entdeckt; 4) wenn der Herr das Sclavenkind aussetzt, oder den Sclaven verstößt; 5) in manchen Fällen zur Belohnung des Sclaven für geleistete öffentliche Dienste, wo der Fiscus dem Herrn den Werth desselben erstattet; 6) wenn Jemand für den im liberale judicium als Sclaven Erkannten den Preis erlegt; 7) durch Usucapion von 10 und 20 Jahren.

IV. Wirkung der Freiwerdung.

Caj. I, 12. 28—35. 40. 49. III, 83. IV, 46. 183. 187. *Ulp.* I, 5. III. XI, 8. XXIX, 1. 4. 6. *Paul.* III, 83. *Fragm. Vatic.* 221. 226. 272. 308. *Inst.* I, 5. III. 8. (9.) 11. (12.). *Dig.* XXV, 3. XXXVII, 14. 15. XXXVIII, 1. 2. 4. 5. XL, 10. 11. 14. 16. *Cod.* VI, 3—8. VII, 5. 6. 14. X, 56. *Nov.* 78.

§. 350.

Jeder Freigewordene wird nach neuestem Rechte civis. Der ehemalige Herr des Sclaven wird sein Patron und zwar immer, wenn der Sclave durch Manumission, und auch in der Regel, wenn er auf andere Weise frei wird. Ausgenommen sind nur die Fälle des vorigen Paragraphen unter 2, 3, 4 und 6. Die Rechte des Patrons, welche zwar nicht auf seine Erben, aber auf seine Descendenten übergehen, und wobei eine adsignatio stattfinden kann, beruhen theils auf einer Rechtsregel, theils auf Bedingungen bei der Freilassung (libertatis causa imposita). Der libertus ist zwar sui juris, aber dem Patron Ehrerbietung und Gehorsam schuldig, und muß ihn alimentiren. Er kann wegen Undankbarkeit wieder in die Sclaverei zurückgezogen werden. Die furti actio hat der Patron gegen den libertus nicht. Ueber das Erbrecht des Patrons siehe unten §. 439. 452. Uebrigens geht das Patronatrecht verloren durch Entsagung, oder wenn der Patron den dürftigen libertus nicht alimentirt, oder wenn er ihm das Heirathen untersagt. Die Rechte eines ingenuus hatte der libertus früher nicht; Justinian gab sie allen libertis; jedoch dauert der Patronat fort.

Viertes Capitel.

Von der tutela und cura.

Einleitung.

§. 351.

Heut zu Tage pflegt man jedes Verhältniß, welches dazu bestimmt ist, daß eine Person eine andre in ihren Handlungen und in ihrem Vermögen beschütze und vertrete, weil sie sich selber nicht schützen und vertreten kann, oder doch so angesehen wird, als könne sie es nicht, Vormundschaft zu nennen. Bei den

Römern kommen für derartige Verhältnisse zwei Bezeichnungen vor: tutela und cura, mit welchen dann auch verschiedene Begriffe zu verbinden sind. Beide stimmen mit einander im Ganzen darin überein, daß der Vormund die Vermögensadministration hat; eine wesentliche Verschiedenheit besteht dagegen darin, daß der Tutor die juristische Persönlichkeit des Schutzbedürftigen entweder ganz zu vertreten oder doch zu ergänzen (auctoritas) hat (tutor personae datur), während Dieß bei dem Curator durchaus nicht der Fall ist.

I. Von der Tutel.

A. Begriff und Arten.

Caj. I, 143 sq. *Ulp.* XI, 1. 25. *Inst.* I, 13. *Dig.* XXVI, 1. De tutelis.

§. 352.

Tutela war ursprünglich das Recht und die Gewalt (potestas), einer von väterlicher Gewalt unabhängigen, aber unter derselben sich zu befinden fähigen Person unter gewissen Voraussetzungen in der Art an der Seite zu stehen, daß dieselbe in gewissen Rechtsgeschäften an den Tutor gebunden war. Diese Tutel fand statt bei Unmündigen (pupillaris tutela) und bei Weibern (muliebris tutela). Die letztern waren davon befreit, wenn sie als Freigeborne drei, als Freigelassene vier Kinder geboren hatten; da nun eine Constitution von Honorius und Theodosius allen Weibern ohne Unterschied das jus liberorum gegeben hatte *a*), so mußte im Justinianischen Rechte die muliebris tutela von selbst ganz antiquirt seyn *b*). Aber auch die hier allein noch übrige pupillaris tutela hatte sich in ihrem Begriffe dahin verändert, daß sie vielmehr eine Pflicht ist als ein Recht, weßhalb es zunächst auch auf die persönliche Fähigkeit des Tutor ankommt. Auch ist auf jeden Fall mit Tutel die Verwaltung des Vermögens verbunden. Daher ist im neuesten Rechte die

---

a) L. 1. cod. de jure liberor. (8. 59.).

b) Ueber die muliebris tutela: Hugo R. G. S. 171 f. 495 f. 775. 916. Schweppe R. G. §. 420. 428. 434. Zimmern R. G. §. 244. 245.

Tutel die Pflicht Desjenigen, dem dieses munus angetragen ist (tutor), das Vermögen eines Unmündigen (pupillus) zu verwalten (gestio, administratio), und seine juristischen Geschäfte entweder allein zu führen, oder doch zur Vornahme derselben, wenn er sie räthlich findet, seine auctoritas zu interponiren.

B. Entstehung der Tutel.

Caj. I, 144—200. *Ulp.* XI, 2. 3. 14—16. 23. *Inst.* I, 14. Qui test. tut. dari poss. 15. De leg. agnat. tut. 17. De leg. patron. tut. 18. De leg. par. tut. 19. De fiduc. tut. 20. De Atiliano tut. etc. 24. De satisdat. tut. etc. §. 6. Inst. de SCto. Tertull. (3. 3.). *Dig.* XXVI, 2—6. XXVII, 7. XLVI, 6. *Cod.* V, 28—32. V, 42. 57. *Nov.* 118. c. 5.

§. 353.

Die Tutel kann auf dreifache Weise entstehen. I. Durch Bestellung des Tutor in einem letzten Willen; ist dieser ein Testament oder ein bestätigter Codicill, und hat der Besteller die väterliche Gewalt über den Unmündigen, ohne daß dieser bei dem Tode des Bestellers in eine andere väterliche Gewalt fällt, oder würde er sie doch haben, wenn der unter Tutel zu Stellende schon geboren wäre (postumus), so ist die Bestellung so vollgültig, daß dieser Tutor weder Caution durch Bürgen stellen muß, noch der Bestätigung des Magistrats bedarf. Jedoch muß der bestellte Tutor eine persona certa seyn; sonst aber können der Bestellung Bedingungen und Zeitbestimmungen hinzugefügt werden, und auf die Erbeseinsetzung des Pupillen kommt Nichts an. Nur wenn der Besteller nicht väterliche Gewalt hat, oder die Bestellung in einem nicht vollgültigen letzten Willen geschieht, erfordert sie schlechthin Bestätigung des Magistrats, welche jedoch auch ohne vorgängige Untersuchung und Caution nicht verweigert werden kann, wenn der Besteller der leibliche Vater und der letzte Wille vollgültig, wenn der Besteller zwar die väterliche Gewalt, der letzte Wille aber nicht die gehörigen Erfordernisse, wenn der leibliche Vater seinem instituirten naturalis filius, oder die Mutter

ihrem instituirten Kind einen Tutor bestellt hat: Die obrigkeitliche Bestätigung fordert dagegen in solchen Fällen sowohl vorgängige Untersuchung als Caution, wenn der Patron seinem instituirten libertus oder irgend ein Dritter dem instituirten Unmündigen einen Tutor in einem vollgültigen letzten Willen bestellt. Untersuchung ist nothwendig, nicht aber Caution, wenn der leibliche Vater dem nicht bedachten naturalis filius, oder die Mutter dem nicht instituirten Kinde einen Tutor bestellt. — Wo zur letztwilligen Ernennung obrigkeitliche Bestätigung nicht hinzukommen muß, heißt der tutor: recte datus, wo das Gegentheil stattfindet: non recte datus (sg. tutela testamentaria perfecta und imperfecta). Die Entstehung der Tutel beruht II. auf Intestaterbfolge (legitima tutela), indem wenn kein Tutor durch letzten Willen ernannt, oder der ernannte für immer weggefallen ist, die nächsten Intestaterben des Pupillen zugleich zur Uebernahme der Tutel verpflichtet sind, wobei mehrere gleich nahe die Tutel gemeinschaftlich führen, jedoch so, daß die verwittwete Mutter und Großmutter allen Seitenverwandten vorgehen, und, wenn der nächste für immer unfähig ist, der nächstfolgende eintritt. Sind insbesondere die bis zum Tode des Vaters in dessen Gewalt befindlichen männlichen Descendenten zur Tutel über ein emancipirtes Kind des Vaters berufen, so heißt diese Tutel aus einem historischen Grunde fiduciaria tutela *a*). Uebrigens bedarf der als Intestaterbe zur Tutel Berufene der obrigkeitlichen Bestätigung nicht. III. Ist der im letzten Willen Ernannte oder der legitimus für einige Zeit verhindert, so ernennt die Obrigkeit einstweilen einen Tutor. Ist gar kein Tutor im letzten Willen ernannt, und fehlt es auch an einem legitimus tutor, oder fällt ein im letzten Willen ernannter weg, weil ihn die Obrigkeit nicht bestätigt hatte, so ernennt diese den Tutor; ebenso supplirt sie ihn, wenn einer von mehreren testamentarischen Tutoren wegfällt. Indessen ist nur derjenige Magistrat zur Ernennung von Tutoren fähig, welchem Dieß

---

a) Vergl. Hugo R. G. S. 175. Schweppe R. G. §. 424. Zimmern R. G. §. 235.

besonders aufgetragen ist, und immer hat derselbe für die Sicherheit des Pupillen durch Leistung der Caution von Seiten des Tutor, wo dieser dazu verpflichtet ist, zu sorgen. Der von der Obrigkeit ernannte Tutor heißt bei den Römern Atilianus tutor, oder ex lege Julia et Titia; jetzt nennt man ihn tutor dativus. Die nächsten Intestaterben, insbesondere die Mutter und Großmutter, auch die liberti sind zur Erbittung eines Tutor von der Obrigkeit in der Art verpflichtet, daß wegen Vernachlässigung dieser Pflicht nicht nur das Intestaterbrecht verloren geht, sondern auch das durch pupillaris substitutio (§. 387) zu Erhaltende wegfällt, die liberti aber einer Züchtigung des Magistrats unterworfen werden.

C. Fähigkeit zur Tutel.

Paul. II, 27. §. 1. *Cod.* V, 34. Qui dari tutor. etc. poss., et qui dari non poss.. 35. Quando mulier tutelae off. fungi pot.. *Nov.* 123. c. 5. *Nov.* 94. *Nov.* 118. c. 5. *Nov.* 72.

§. 354.

Jeder civis kann in der Regel Tutor seyn, und zur testamentarischen Tutel ist nicht einmal Civität erforderlich. Sonst gilt Folgendes: 1) Bischöfe, Mönche *a*), Weiber (jedoch mit Ausnahme der verwittweten Mutter und Großmutter, sofern sie sich der zweiten Ehe enthalten und den Wohlthaten des SC. Vellejanum (§. 267) entsagen), ferner Soldaten, so lange sie es sind, minores für die Zeit der Minderjährigkeit und Diejenigen, welche ihr Gesundheitszustand für immer untauglich macht, sind absolut unfähig. 2) Ablehnen müssen die angetragene Tutel, und wenn sie es nicht thun, rejicirt werden (sg. excusatio necessaria) a) Gläubiger und offenbare Schuldner des Unmündigen, mit Ausnahme der Mutter und Großmutter, b) Feinde der Eltern oder des Pupillen, c) wer behauptet, der Mündel sey exheredirt und er selbst Erbe; d) solche, welche nicht die gesetzliche Caution leisten können. 3) Wer von den

---

a) Weltgeistliche können eine legitima tutela übernehmen, wenn sie wollen und dieß innerhalb vier Monaten erklären.

Eltern des Pupillen ausdrücklich von der Tutel ausgeschlossen ist, darf weder in Folge eines Testaments noch in Folge einer obrigkeitlichen Ernennung Tutor werden. 4) Stumme und Taube sollen nicht zu Tutoren gegeben werden; Blindheit schadet nicht. 5) Der Magistrat soll ausserdem nicht Solche zu Tutoren creiren, welche als Gesandte abwesend sind, noch Solche, welche sich zudrängen und welche Geld für die Tutel geben.

D. Verpflichtung zur Uebernahme der Tutel.

Fragm. Vat. 123—247. *Inst.* I, 25. De excusationib. etc. *Dig.* XXVII, 1. De excusat.. *Cod.* V, 62. De excusat. tut. etc. 63. Si tut. vel cur. fals. allegat. excus. sit. 64—69.

§. 355.

Jeder auf irgend eine Weise gültig zur Tutel Berufene muß dieselbe übernehmen, er müßte denn gesetzlich gebilligte Gründe zur Ablehnung oder Niederlegung derselben (excusationes, sg. excus. voluntariae) vorbringen können. Diese muß er binnen funfzig Tagen von dem Augenblicke, in welchem er den Anfall der Tutel erfährt, bei der competenten Obrigkeit anmelden, und binnen vier Monaten vom Augenblicke der Ernennung erweisen. Gelingt ihm Dieß nicht, so haftet er für die unterlassene Administration, und ebenso, wenn das Befreiungsdecret wegen Erschleichung ungültig ist. Eine hartnäckige Verweigerung der Uebernahme hat Geld- und Gefängnißstrafen und am Ende die Remotion als suspectus mit ihren Wirkungen zur Folge (§. 360). — Die excusatio fällt weg, wenn der dazu Berechtigte darauf verzichtet hat, was er schon im Voraus gegen den Vater des Unmündigen thun kann, und wenn der Berufene Dasjenige, was ihm mit Rücksicht auf das zu übernehmende onus hinterlassen ist, angenommen hat. — Eine Excusation auch von schon übernommener Tutel begründet 1) das Alter über siebzig Jahre. 2) Armuth und Krankheit. 3) Absentia rei publicae causa, so lange sie dauert, und ein Jahr weiter. 4) Veränderung des Domicils mit Erlaubniß des Regenten, wenn dieser das Daseyn der Tutel kennt. 5) Die Aufnahme in das Consistorium principis. 6) Die Erhebung zur Würde eines Senators, wenn

die bisherigen Mündel nicht gleiche Dignität haben. — Eine Excusation nur gegen eine zu übernehmende Tutel begründen folgende Verhältnisse: 1) Rusticitas; 2) eine Anzahl leiblicher ehelicher Kinder, in Rom drei, in Italien vier, in den Provinzen fünf, wenn sie noch am Leben sind, oder für das Vaterland fielen, wobei die Enkel vom verstorbenen Sohne für ein Kind gerechnet werden. 3) Drei auf Gefahr des Vaters stehende Tutelen und Curatelen, wenn sie nicht unbedeutend und nicht gesucht oder nicht bald beendigt sind, und die Pupillen oder Curanden nicht in einer ungetheilten Vermögensgemeinschaft stehen, auch wohl eine einzige sehr bedeutende, befreien den Vater und alle in seiner Gewalt befindliche Glieder der Familie von der Uebernahme einer neuen Tutel; es müßte denn diese nur auf sehr kurze Zeit deferirt seyn. 4) Gewisse Stellen, so wie ehrenvolle Entlassung aus dem Soldatendienst, jedoch mit Modificationen. Befreit sind ferner 5) Grammatici, Sophistae, Rhetores, Philosophi und Aerzte, wenn sie in ihrer Vaterstadt lehren und heilen; Juristen nur in Rom. 6) Athletae sacris certaminibus coronati. 7) Ingenui, wenn sie zur Tutel eines libertus berufen werden. 8) Geistliche und Mitglieder von gewissen Collegien. 9) Mensores frumentarii. 10) Coloni patrimoniales. 11) Wer zur Tutel an einem andern, als seinem Wohnorte berufen wird. 12) Wer vom Vater aus Haß zum Tutor ernannt ist. 13) Wer des Unmündigen status bestritten, oder vom Vater des Unmündigen eine Bestreitung des eignen status erfahren hat. Auch kann Jeder gegen die Administration von Gütern protestiren, die in einer andern Provinz gelegen, oder über hundert Meilen vom Wohnort entfernt sind.

E. Wirkungskreis des Tutor.

Einleitung.

Dig. XXVII, 2. Ubi pupillus educari vel morari debeat: et de alim. ei praestand. *Cod.* V, 49. 50.

§. 356.

Der Tutor hat als solcher mit der physischen Person des Pupillen nichts zu thun, wiewohl ihm die Erziehung von der

Obrigkeit besonders aufgetragen seyn kann; sondern er hat 1) die Verwaltung des Vermögens, und insofern auch die Auszahlung der Erziehungskosten, deren Betrag aber, wenn er nicht vom Vater des Pupillen bestimmt ist, von der Obrigkeit bestimmt werden muß. 2) Die Ergänzung, und wenn der Pupill noch infans ist, die Vertretung der juristischen Persönlichkeit desselben. Diese Ergänzung (auctoritas) wird aber überall da nicht erfordert, wo der Pupill selbstständig und allein handeln kann. Dieß ist der Fall, so oft und so weit von der Bereicherung des Pupillen die Rede ist; dieser kann einseitig sein Vermögen verbessern, aber nicht verringern; darum kann er Besitz, Eigenthum und jura in re erwerben, er kann creditor in einer Obligation werden, aber nur insoweit dieß Alles eine Bereicherung seines Vermögens enthält. Alle Geschäfte, deren Erfolg für den Vortheil des Pupillen zweifelhaft ist, sind für ihn nicht zulässig; darum kann er nicht Eigenthum veräussern, nicht debitor in der Obligation werden, weder Zahlung von seinem Schuldner annehmen, noch seinem Gläubiger gültig zahlen, auch eine Erbschaft nicht antreten. Hat der Pupill dennoch eine solche Handlung einseitig vorgenommen, so ist sie zu seinem Vortheil ungültig, gültig aber, wenn er dadurch bereichert ist.

1. Vermögensverwaltung.

Dig. XXVI, 7. *Cod.* V, 37. De admin. et per. tut. et curat. 38. De peric. tut. et curat. *Dig.* XXVII, 9. De reb. eor., qui sub tut. vel cur. sunt. *Cod.* V, 71. De praed. et aliis reb. minor. 72—74.

§. 357.

Der Tutor ist hinsichtlich der Vermögensverwaltung zur gewissenhaften Administration verpflichtet, und deßhalb selbst nicht streng an die testamentarischen Vorschriften des Vaters gebunden, wenn er zum Besten des Pupillen von denselben abweichen zu müssen glaubt. Diese Verpflichtung muß er durch einen Eid übernehmen, und um genauere Rechnung führen zu können, muß er sogleich beim Antritte der Tutel ein gerichtliches

Inventar über das Vermögen des Pupillen aufnehmen lassen. Die Unterlassung dieser Pflicht macht ihn, wenn nicht etwa der Erblasser, dessen Vermögen dem Pupillen zugefallen ist, die Inventarisirung verboten hatte, für allen durch das in litem jusjurandum zu bestimmenden Schaden verantwortlich. Als Verwalter hat der Tutor 1) nicht nur für die Erhaltung, sondern auch für die Vermehrung des Vermögens zu sorgen. 2) Hinsichtlich der Veräusserung ist er vielfach beschränkt. Unbeschränkt ist er nur a) hinsichtlich der nöthigen Ausgaben, wohin besonders die Erziehungskosten und die Zahlung von Schulden gehören. Geschenke darf er machen, aber nur, wenn sie der Anstand fordert, oder an dürftige Geschwister; b) hinsichtlich überflüssiger Thiere und abgelegter Kleider, welche sich nicht aufbewahren lassen; c) hinsichtlich derjenigen Sachen, deren Veräusserung im Testament des Vaters oder durch ein Rescript des Regenten erlaubt ist; oder d) wenn ein Dritter dieselbe, z. B. wegen eines Pfandrechts daran, zu fordern berechtigt ist; e) auch wenn er eine verpfändete Sache unter denselben Bedingungen, unter welchen sie dem bisherigen Pfandgläubiger haftete, einem Andern verpfändet, der den früheren Pfandgläubiger abfindet; oder f) wenn er ein Pfand zum Verkauf bringt; g) wenn er im Processe Caution für den Pupillen stellen muß, und überhaupt h) wenn er Gelder auszuzahlen, auszuleihen oder auf Anschaffung von Sachen und besonders Grundstücken, die ihm, wenn baare Gelder vorhanden sind, zur Pflicht gemacht ist, zu verwenden hat. In allen andern Fällen ist er, selbst wenn er Schulden des Pupillen zu zahlen hat, und namentlich wegen Veräusserung von Immobilien verpflichtet, sich von der Obrigkeit, welche vorher eine Untersuchung anstellen muß, ein Decret zur Veräusserung geben zu lassen. Hat er Dieß versäumt, so ist die Veräusserung ungültig und kann von dem Mündiggewordenen angefochten werden, welcher jedoch die Ungültigkeit zu erweisen hat, dem Dritten aber nicht Mehr zu vergüten braucht, als zu seinem Nutzen verwandt worden ist.

2. Auctoritas.

Caj. I, 184. *Ulp.* XI, 24. 27. *Inst.* I, 21. De auctoritate tut.. *Dig.* XXVI, 8. De auct. et consensu tut. et cur.. *Cod.* V, 59. De auct. praest.. 44. De in litem dando tut. vel cur..

§. 358.

Ist der Pupill noch infans, so kann von der auctoritas des Tutor gar nicht die Rede seyn; er hat ihn ganz zu vertreten (negotia gerere). Ist der Pupill dagegen nicht mehr infans, so ist für alle Handlungen desselben, welche er nicht selbstständig vornehmen kann (§. 356), die auctoritas nothwendig *a*). Soll zwischen dem Pupillen und dem Tutor oder einer dessen Gewalt unterworfenen Person ein Geschäft stattfinden, so kann der Tutor in diesem Falle nicht auctor seyn, sondern es muß für dieses Geschäft ein curator bestellt werden *b*). Uebrigens erfordert die auctoritas Gegenwart und mündliche, sofortige, unbedingte und freie Erklärung des Tutor; fehlt eines dieser Erfordernisse, so ist die auctoritas unwirksam. —

3. Verhältniß mehrerer Tutoren.

Ulp. XI, 26. *Cod.* V, 40. Si ex plur. tutorib. vel curat. omn., vel un. agere pro minore, vel conveniri poss. 52. De dividenda tut. etc. 55. Si tut. vel cur. non gesserit.

§. 359.

Es können auch für einen Unmündigen mehrere Tutoren zugleich bestellt seyn. Dann heißt Derjenige, welchem die Führung der Geschäfte übertragen ist, gerens. Der Ausdruck honorarius tutor bezeichnet im eigentlichen Sinn einen solchen, den der Erblasser ernannt hat, um ihn zu ehren, dem er aber die Last der Verwaltung nachgelassen hat. Doch wird auch jeder von der Administration Entbundene so genannt; ein solcher bleibt

---

a) Nur bei der Besitzerwerbung des Pupillen, der noch infans ist, kommt die auctoritas Ausnahmsweise vor. L. 32. §. 2. D. de adquir. vel amitt. poss. (41. 2.).

b) Sind mehrere Tutoren bestellt, so kann der Eine seine auctoritas für das Geschäft des Pupillen mit dem Andern interponiren.

jedoch immer Tutor, hat daher auch die wesentlich dem Tutor zustehenden Rechte und ist zugleich zur Aufsicht über die contutores verpflichtet, weßhalb er auch, wenn er bei dieser Aufsicht nachlässig war, für das periculum tutelae einsteht, aber freilich nur nach den übrigen Tutoren. Sind die Contutoren angewiesen, nicht ohne den Rath oder die Zustimmung eines unter ihnen zu handeln, so bindet sie dieß nur, wenn derselbe zugleich gerens ist. Tutor notitiae causa datus dagegen ist vorzugsweise ein solcher, welcher den Contutoren auf deren Verlangen Aufschluß ertheilen muß. Zur Interponirung der auctoritas ist übrigens jeder tutor für sich allein, auch der honorarius berechtigt, und nur in dem Falle, wo es sich um Aufhebung der Tutel, z. B. durch Arrogation des Pupillen, handelt, ist die auctoritas aller erforderlich. Hinsichtlich der Administration gilt der Grundsatz; tutor personae, non rei vel causae datur, d. h. das Amt des Tutor bezieht sich nicht auf eine einzelne Handlung oder ein einzelnes Vermögensstück, sondern auf das ganze Vermögen. Wenn daher mehrere Tutoren bestellt sind, so können sie in der Regel die Administration nicht unter sich theilen, sondern Einer allein hat sie zu übernehmen. Ueber die Person desselben entscheidet zunächst der letzte Wille des Vaters, von welchem jedoch die Obrigkeit abweichen kann. Hat der Vater Nichts bestimmt, so erlangt derjenige, welcher Caution bestellt, die Administration; doch muß die Obrigkeit Nichts einzuwenden haben. Bestellen Mehrere Caution, so administriren sie entweder gemeinschaftlich, oder die Obrigkeit wählt den Fähigsten aus. Bietet Keiner Caution, so entscheidet Stimmenmehrheit der Tutoren, und können sie sich nicht vereinigen, so giebt die Obrigkeit den Ausschlag. Die nicht Administrirenden stehen dann zum Administrirenden in dem nämlichen Verhältnisse, wie honorarii. — Nur wenn das Vermögen des Pupillen sehr bedeutend oder sehr zerstreut ist, können sich die Tutoren in die Administration theilen; es kann aber auch schon die Bestellung eine solche partielle Administration verordnen.

F. Ende der Tutel.

1. Gründe, aus denen die Tutel aufhört.

Caj. I, 170. 182. 186. 187. 196. *Ulp.* XI, 7. 9. 17. 21—23. 28. *Inst.* I, 22. Quib. mod. tut. finit.. 26. *Dig.* XXVI, 10. *Cod.* V, 43. De susp. tut. vel cur.. 60. Quando tut. vel curat. esse desinant. —

§. 360.

Die Tutel wird entweder vollständig beendigt, oder nur der bisherige Tutor hört auf es zu seyn. Das Erste ist der Fall 1) bei dem Eintritt des Pupillen in das mündige Alter; 2) beim Tode so wie bei jeder capitis diminutio des Mündels. Das Zweite tritt, wiewohl der Tutor in keinem Falle mehr nach neuestem Rechte die Tutel freiwillig aufgeben darf, ein, 1) wenn derselbe von einer sg. excusatio voluntaria (§. 355) Gebrauch macht; 2) durch Eintritt einer sg. excusatio necessaria (§. 354); 3) durch den Tod und eine maxima oder media capitis diminutio des Tutor; durch eine minima capitis diminutio hörte im ältern Rechte nur die legitima tutela auf, was nun im neuern Rechte nicht mehr gilt; 4) durch Wiederverheirathung der Mutter und Großmutter; 5) durch Eintritt des Zeitpuncts oder der Bedingung, bis auf welchen der Tutor im Testament ernannt war, so wie die tutela dativa endet, wenn der Zeitpunct und die Suspensivbedingung, unter welchen ein testamentarischer Tutor ernannt war, eintritt, oder sobald der minderjährige legitimus tutor majorenn wird; 6) durch suspecti tutoris remotio, indem der Tutor, wenn er pflichtwidrig handelt, namentlich wenn er es unterläßt, ein Inventar über das Vermögen des Pupillen aufzunehmen (§. 357), deßhalb von Jedem angeklagt, und als suspect von der Obrigkeit removirt werden kann. Wird der Tutor wegen dolus abgesetzt, und dieser Grund im Urtheil erwähnt, so hat die Absetzung Infamie zur Folge.

2. Obligationen aus der Tutel.

a) Im Allgemeinen.

§. 2. Inst. de oblig., quae quasi ex contr. nasc. (3. 27. [28.]).

§. 361.

Die Tutel selbst ist keineswegs ein obligatorisches Verhält-

niß; aber mit dem Ende derselben erhalten alle Verhältnisse zwischen dem Tutor und Pupillen eine obligatorische Natur. Diese Obligation, worin Beide sowohl Gläubiger als Schuldner seyn können, gehört nach Justinian zu denjenigen, die er quasi ex contractu nennt (§. 287. not. b.). Dem Pupillen steht gegen den Tutor die tutelae actio als directa zu, dem Tutor gegen den Pupillen als contraria. In beiderlei Rücksicht geht die Klage sowohl auf als gegen die Erben.

b) Forderungen des Pupillen gegen den Tutor.

Dig. XXVII, 3. De tutelae et rationib. distrahend., et utili cur. causa act.. *Cod.* V, 51. Arbitrium tutelae.

A) An sich.

Paul II, 30. *Dig.* XXVI, 7. De administratione et periculo tut. et curat. etc. *Cod.* V, 37. De admin. tut. vel. cur. etc. 38. De peric. tut. et cur.. 54. De hered. tutor. vel cur.. 55. Si tut. vel cur. non gesserit. 56. De usur. pupillar.. *Nov.* 72. c. 6—8.

§. 362.

Bei der directa tutelae actio ist A) Kläger der gewesene Pupill oder dessen Erben, B) Beklagter der Tutor oder dessen Erben. Waren Mehrere Tutoren, so haften sie, wenn sie ungetheilt administrirten, in solidum, wobei jedoch die sg. beneficia divisionis und cedendarum actionum, insofern dieselben nicht wegen dolus oder contumacia wegfallen, in Anspruch genommen werden können, und im Fall einer der mehreren Tutoren durch positives Handeln geschadet hatte, auch das sg. beneficium excussionis geltend gemacht werden darf. Ebenso verhält es sich, wenn die Tutoren einseitig unter sich getheilt haben. Fand aber die Theilung kraft eines letzten Willens, oder vermöge obrigkeitlicher Anordnung statt, so haftet, sowohl bei einer Bezirks-, als bei einer Geschäftsabtheilung zunächst nur jeder für sich, wiewohl im letzten Falle die Andern, da sie wie honorarii zu behandeln sind, wegen ihrer Oberaufsicht verantwortlich bleiben. Eben so haften, wenn Einer allein administrirte, die übrigen nur, wenn sie als honorarii etwas versehen haben. C) Was den Gegenstand der Klage betrifft, so ist er derselbe mit den

Forderungen des Pupillen nach geendigter Tutel. Der Tutor ist aber verpflichtet: 1) seine Rechnungen vorzulegen, eine Verpflichtung, wovon der Vater des Mündels den Tutor auf keine Weise befreien kann, und welche durch eine sonst gültige Freisprechung des Mündels selbst nur so weit aufgehoben werden kann, daß er bloß für seinen dolus haftet. Läßt der Tutor sich bei der Rechnungsablage eine Unterschlagung zu Schulden kommen, so hat der gewesene Pupill und seine Erben gegen denselben eine eigne Klage (rationibus distrahendis actio), welche mit der directa tutelae actio, so wie mit der furtiva condictio electiv concurrirt und auf den doppelten Werth des Unterschlagenen und als Pönalklage, und soweit sie dieß ist, nicht gegen die Erben geht. Der Tutor hat 2) für allen Schaden zu haften, den das Vermögen des Pupillen durch seinen dolus, durch seine lata und levis culpa erlitten hat. Den Zufall verantwortet er nicht, und selbst für levis culpa ist er nicht verhaftet, wenn er beweis't, daß er dieselbe Sorgfalt angewandt habe, die er in seinen eignen Angelegenheiten anzuwenden pflege. Hat jedoch unter mehreren Tutoren Einer durch Cautionsleistung die Administration freiwillig an sich genommen, so haftet er für omnis culpa; dagegen haftet der Tutor, welcher bei der Anschaffung von Grundstücken mit Pupillengeldern Etwas versehen hat, nur für lata culpa. Auch die Erben des Tutor haften nur dann für levis culpa, wenn der Tutor sich schon auf die Klage bei seinem Leben eingelassen hatte, ausserdem soweit sie bereichert sind, sonst aber nur für lata culpa. Uebrigens macht jede Condemnation den Tutor infam. Endlich 3) ist der Tutor verpflichtet, das Vermögen des Pupillen cum omni causa herauszugeben. Was Zinsen betrifft, so muß er a) die für den Pupillen eingenommenen herausgeben, b) wegen Gelder, die er in seinen eignen Nutzen verwandte, maximas usuras, c) bei einem Verzuge usuras morae erlegen. Endlich muß er d), wenn er versäumt hat, Pupillengelder auszuleihen, wo Dieß für den Unterhalt des Mündels nothwendig ist, aus seinem Vermögen Zinsen zahlen. Dabei werden ihm jedoch im Anfange der Tutel sechs,

im Laufe derselben zwei Monate nachgesehen, in welcher Zeit (laxamentum) er sich um tüchtige Schuldner umsehen soll. Die Möglichkeit einen solchen zu finden wird präsumirt, wenn er seine eignen Gelder anbrachte; sonst aber kann er den Beweis der Unmöglichkeit führen.

B) Sicherheit für diese Forderungen.

Dig. XXVII, 7. De fidejussorib. et nominat. et hered. tutor. et cur.. 8. De magistrat. conven. *Cod.* V, 42. De tutore vel cur., qui satis non dedit. 53. De in lit. jur.. 57. De fidejussor. tut. vel cur.. 75. De magistrat. conven..

§. 363.

Zur Sicherheit seiner Forderungen gegen den Tutor hat der Pupill 1) ein stillschweigendes, mit der Tutel anfangendes Pfandrecht am ganzen Vermögen des Tutor, und geht die Mutter, bevor sie über ihre Tutel Rechnung abgelegt hat, zur neuen Ehe über, auch am Vermögen des Stiefvaters. 2) Wo bei Uebernahme der Tutel Caution gestellet werden muß (§. 353) — und wer hiezu verpflichtet aus dolus die Erfüllung dieser Pflicht verweigert, wird infam —, da hat der gewesene Pupill gegen den Bürgen dieselbe Klage als ex stipulatu actio, wie gegen den Tutor; wobei jedoch nach neuestem Rechte wohl das sg. beneficium excussionis (§. 264) stattfindet, obgleich mehrere Bürgen für einen Tutor in solidum haften, ohne von dem sg. beneficium divisionis Gebrauch machen zu können. 3) Nach den Bürgen haften die nominatores, d. h. Jene, welche als Magistrate oder als Privatpersonen, und zwar im letztern Falle, um sich selber der Tutel zu entziehen, einen damals untüchtigen Tutor in Vorschlag brachten, und sodann die affirmatores, d. h. Diejenigen, welche auf die Anfrage des Magistrats den Tutor fälschlich für tüchtig erklärt hatten, und nach diesen Jene, welche die Pflicht hatten, einen Tutor für den Unmündigen zu erbitten, und dabei die Gefahr ausdrücklich übernommen haben (die sg. postulatores). Endlich 4) die Magistrate, wenn sie die Caution zu verlangen versäumt oder schlechte Caution angenommen hatten, in der

Regel aber erst, nachdem sämmtliche Tutoren, auch der honorarius, soweit er etwas versehen hat, ausgeklagt sind.

C) Gegenforderungen des Tutor.

Dig. XXVII, 4. De contraria tutelae et utili act.. *Cod.* V, 58. De contrario judicio tutelae.

§. 364.

Die Gegenforderungen, wegen welcher dem Tutor ausser der Retention und Compensation die contraria tutelae actio gegen den ehemaligen Mündel zusteht, beruhen zum Theil auf den Auslagen, welche der Tutor während der Verwaltung für den Pupillen gemacht haben mochte, zum Theil auf seinem allenfallsigen Anspruche auf ein Honorar, welcher jedoch nicht regelmäßig ist, und endlich zum Theil auf den Obligationen, die er für den Pupillen übernehmen mußte, wenn er diesen ganz zu vertreten, und nicht bloß seine auctoritas zu interponiren hatte. Der letzte Fall kommt aber im Justinianischen Rechte, wo freie Repräsentation nur noch bei der stipulatio ausgeschlossen war (§. 225), selten vor, indem gerade bei der stipulatio gewöhnlich ein Sclave die Stelle des Pupillen vertritt.

D) Protutelae actio.

Dig. XXVII, 5. De eo, qui pro tutore, prove cur. negot. gess.. 6. Quod falso tutore auct. gest. esse dicat.. *Cod.* V, 45. De eo, qui pro tut. neg. gess..

§. 365.

Wer sich als Tutor benimmt, ohne es zu seyn, heißt seiner Handlung wegen protutor (pro tutore gerit), rücksichtlich seiner Befugniß falsus tutor. Zwischen diesem und dem Pupillen finden dieselben obligatorischen Verhältnisse statt, wie wenn die Tutel des rechtmäßigen Tutor beendigt wäre. Es giebt daher eine directa und contraria protutelae actio, welche nur zu jeder Zeit angestellt werden kann. Jedoch haftet der protutor für omnis culpa. Die auctoritas desselben hat keine Kraft, weßhalb alle unter derselben vorgenommene Handlungen des Pupillen als allein von diesem vorgenommen angesehen werden. Wer, seine Eigen=

schaft als falsus tutor kennend, dennoch seine Auctorität interponirt, und dadurch dritten Personen Schaden zugefügt hat, haftet diesen für den Ersatz, und es findet gegen ihn deßhalb eine in factum actio statt.

II. Von der Cura.

Caj. I, 197. 198. *Ulp.* XII. *Inst.* I, 23. De curatoribus. l. 1. §. 4. D. de munerib. (50. 4.).

A. Begriff derselben überhaupt.

§. 366.

Die cura oder curatio ist nach neuestem römischen Rechte nichts Anderes, als die von der Obrigkeit Jemanden (dem curator) aufgetragene Verwaltung eines Vermögens, weil dieses entweder gegenwärtig einen zur Verwaltung ganz untüchtigen, oder für ganz untüchtig anzusehenden, oder wenigstens nicht ganz tüchtigen, oder endlich gar keinen, oder doch einen abwesenden Herrn hat. Zuweilen ist jedoch mit der Verwaltung des Vermögens auch die Sorge für den Herrn desselben verbunden. Die wichtigste Art der cura, wenn auch nicht die älteste, ist die cura minorum.

B. Von der Cura minorum.

1. Ausbildung derselben *a*).

§. 367.

Nach dem ältesten Rechte war der Mündige wohl vollkommen handlungsfähig, und erst durch eine lex Plaetoria, wahrscheinlich aus der ersten Hälfte des sechsten Jahrhunderts (u. c.), sollte der Möglichkeit, seinen Leichtsinn zu mißbrauchen, dadurch Einhalt gethan werden, daß Derjenige, welcher einen Minderjährigen, d. h. einen minor XXV annis, in einem Geschäfte mit ihm übervortheilte, in Folge eines publicum judicium infam werden sollte. Nur wenn vom minor ein Curator zugezogen war, fiel das publicum judicium in jedem Falle mit seinen Wirkungen weg. Eine weitere Hülfe verlieh der Prätor

a) Vergl. Hugo R. G. S. 130 f. 306 f. 498 f. 918 f. Schweppe R. G. §. 452. Zimmern R. G. §. 237.

dadurch, daß er jedem Minderjährigen wegen seiner Handlungen in integrum restitutio zusagte. Seit Marc Aurel kommt eine regelmäßige cura minorum vor, und obgleich dem minor der Curator nicht direct aufgezwungen wurde, vielmehr derselbe einen solchen immer erbitten mußte, so vermochte man ihn wahrscheinlich zur Erbittung dadurch, daß man ihm nicht nur beim Schlusse der Tutel das unter der Administration des Tutor gestandene, sondern auch beim Tode des Vaters das an ihn fallende Vermögen vorenthielt, bis er sich einen Curator erbeten hatte. Dieser blieb es aber bis zur Erlangung der Volljährigkeit.

2. Entstehung derselben.

Paul. II, 27. §. 2. und vergl. die Titelrubriken des §. 353.

§. 368.

Die Entstehung der cura unterscheidet sich dadurch wesentlich von der Entstehung der Tutel, daß sie regelmäßig auf einer Anordnung der Obrigkeit auf Bitten des Minderjährigen beruht. Eine legitima cura minorum gab es nie, und nur wenn der Vater oder die Mutter im Testament einen Curator ernannt hat, muß in jenem Falle derselbe von der Obrigkeit confirmirt werden, in diesem muß der Confirmation noch eine causae cognitio vorangehen. Fähig zur Anordnung des Curator ist jede Obrigkeit, welche zur Ernennung des Tutor fähig ist. Hinsichtlich der Fähigkeit und der Excusation des Curator gilt das Nämliche, wie beim Tutor, nur darf der Mann und der Bräutigam nicht Curator der Frau und der Braut seyn, und der bisherige Tutor braucht nicht Curator des bisherigen Pupillen zu werden.

3. Wirkungen derselben.

Vergl. die Titelrubriken der §§. 357 — 359.

§. 369.

Hinsichtlich des unter der Tutel gestandenen oder vom Vater ererbten Vermögens steht der Curator in seiner Administration dem Tutor ganz gleich. Aber eine auctoritas hat er nicht zu interponiren, weil der Mündige vollkommen handlungsfähig ist.

Nur soll er bereit seyn, dem minor mit Rath an die Hand zu gehen, und in gewissen Fällen, namentlich wenn der minor einen Proceß führen, wenn er sich arrogiren lassen will, muß der Curator nothwendig seinen Consens geben, für welchen die Erforderniſſe der auctoritas nicht stattfinden (§. 358 a. E.). Aber selbst wegen aller gemeinschaftlich mit dem Curator vorgenommenen Geschäfte findet für den minor in integrum restitutio statt. Nur das vom Tutor administrirte oder vom Vater in der Minderjährigkeit ererbte Vermögen steht unter der cura. In jeder andern Beziehung, also auch hinsichtlich jedes andern Vermögens, ist der minor vollkommen frei; er kann dasselbe einseitig vermehren oder vermindern.

4. Freiheit von der Cura.

Cod. II, 45. De his qui veniam aetatis impetraverunt.

§. 370.

Hat der minor kein Vermögen, welches früher unter Administration des Tutor stand, oder vom Vater ererbt ist, so braucht er auch keinen Curator, ausser wo er ohne den Consens eines solchen nicht handeln könnte, wofür dann vorübergehend ein Curator bestellt wird. Aber auch wo er sonst einen Curator haben müßte, kann er vom Regenten venia aetatis erlangen, vorausgesetzt, daß der männliche 20, der weibliche 18 Jahre alt ist, und daß der männliche minor durch Zeugen seinen guten Lebenswandel erwiesen hat. Diese venia aetatis bewirkte Freiheit von der cura, aber auch Verlust der in integrum restitutio; der minor ist ganz selbstständig, und nur Grundstücke soll er ohne obrigkeitliches Decret nicht veräussern dürfen *a*). Hat er, oder auch sein Curator solche Sachen veräussert, so kann er nach Eintritt der Volljährigkeit noch fünf Jahre lang die Veräusserung widerrufen. Thut er Dieß in dieser Zeit nicht, so ist die Veräusserung gültig. Nur bei Schenkungen (mit Ausnahme der propter nuptias donatio) ist der Termin inter praesentes auf

a) L. 3. cod. quando decreto opus non est (5. 72.).

zehn, inter absentes auf zwanzig Jahre nach eingetretener Volljährigkeit erweitert *b*).

5. Ende dieser cura.

Vergl. die Titelrubriken der §§. 360 — 365.

§. 371.

Die cura erlischt im Allgemeinen wie die Tutel. Ist übrigens der Curator nur ad certam causam bestellt, so hört die cura mit dem Geschäfte auf. Die Klagen des Curanden gegen den Curator sind die utilis tutelae und die negotiorum gestorum actio, welche Klagen von jenen des Pupillen sich nur dadurch unterscheiden, daß sie, ausgenommen sie gehen auf vollständige Rechnungsablage, auch schon während der cura angestellt werden können. Für den Curator kommen die nämlichen Klagen als contrariae vor.

C. Andere Arten der Cura.

Dig. XXVII, 10. De curator. furioso et aliis extra min. dand.. *Cod.* V, 36 In quib. casib. tutor. vel curator. habenti tut. vel cur. dari pot.. 70. De cur. furiosi vel prodigi.

§. 372.

Die älteste Art der cura ist die über furiosi und prodigi, welche allein auch als legitima cura, jedoch in der Art vorkommt, daß die Obrigkeit, wenn der legitimus untauglich ist, auch einen Andern berufen kann, und nie dem Sohne die cura prodigi über seine Eltern überlassen darf. Die Wirksamkeit dieser cura besteht bloß in der Verwaltung des Vermögens; jedoch soll der curator furiosi auch für dessen Person und seine Heilung sorgen. Die cura hört in beiden Fällen mit dem Bedürfnisse auf; nur muß der prodigus ein obrigkeitliches Decret über seine wieder erlangte Administrationsfähigkeit erhalten. Diese cura ist auch auf andre hülfsbedürftige Personen ausgedehnt, nur müssen diese darum anhalten. — Sonst kommen auch noch andre Vermögensverwaltungen vor, z. B. die cura hereditatis (§. 453), die cura

b) L. 3. cod. si major factus. alienationem factam sine decreto rat. hab. (5. 74.).

absentis. Auch der Pupill kann in gewissen Fällen neben dem Tutor einen Curator erhalten, z. B. wenn der Tutor die Geschäfte des Pupillen nicht allein zu besorgen im Stande ist, namentlich wegen großer Entlegenheit einzelner Güter, wenn der Tutor temporär excusirt ist, oder auch nur eine Excusation vorgeschützt hat, wenn der Tutor ohne abgesetzt zu seyn, unfähig wird, die Geschäfte zu besorgen, ebenso auch wenn zwischen Pupillen und Tutor ein Geschäft abzumachen ist (§. 358).

Viertes Buch.

Erbrecht.

Erste Abtheilung.

Allgemeine Grundsätze.

I. Begriff des Erbrechts.

§. 373.

In dem Erbrechte wird die Frage beantwortet, welches Schicksal die Rechtsverhältnisse eines Menschen nach seinem Tode haben, ob sie durch sein Absterben zu existiren aufhören, oder ob sie fortdauern sollen, und wenn dieß Letztere der Fall ist, wer zum Subject derselben berufen und aus welchem Rechtsgrund er dieß seyn solle, auf welche Weise er wirklich Subject werden müsse, und welche Folgen dieß haben könne und solle für ihn und für Dritte.

II. Begriff der Verlassenschaft.

§. 374.

Verlassenschaft ist der Inbegriff der Rechtsverhältnisse, welche nach dem Tode eines Menschen fortdauern, welche er daher im eigentlichen Sinne bei seinem Tode verläßt; denn was mit ihm untergeht, das verläßt er nicht. Zunächst ist daher zu bestimmen, was untergehe, was fortdaure. Mit dem Tode des Menschen geht aber Alles unter, was mit seiner Persönlichkeit so eng vereinigt ist, daß es nur in der Verbindung mit derselben gedacht werden kann; dahin gehören seine persönlichen Eigenschaften, und mithin auch die auf denselben beruhenden Rechtsverhältnisse. Dagegen dauern alle Rechtsverhältnisse fort, bei denen es gleichgültig ist, ob Er oder ein Anderer das Subject sey. Daher bleiben in der Regel alle

Rechte auf Sachen, und die Obligationen durch seinen Tod unverändert. Der Besitz hört auf, das Eigenthum und die übrigen dinglichen Rechte, mit Ausnahme der persönlichen Servituten (§. 185.) dauern fort. Obligationen, sowohl jene, in welchen der Verstorbene Gläubiger, als jene, in denen er Schuldner war, dauern fort, wenn sie nicht ihrer Natur nach auf die Person des Verstorbenen beschränkt sind, wie einige vertragsmäßige (z. B. §. 254. 256. 257.), der Widerruf gewisser Schenkungen (§. 262.), die Obligationen ex maleficio, soweit sie auf Strafe gehen (§. 234.). Die reinen Familienverhältnisse hören schlechthin auf, sowie das Recht auf eine noch nicht erworbene Verlassenschaft (§. 474.). Man kann daher sagen, die Verlassenschaft umfasse das Vermögen des Verstorbenen.

III. Succession auf den Todesfall.

§. 375.

Wer in die gesammten Rechtsverhältnisse eines Verstorbenen, in sein Vermögen, oder doch in einen Bruchtheil desselben (res in diesem Sinne, universitas rerum, familia, omne jus quod defunctus habuit, patrimonium defuncti, hereditas, auch wohl bona) succedirt (§. 114), heißt Erbe (heres, bonorum possessor), und bildet juristisch mit dem Verstorbenen eine und dieselbe Person, weßhalb er ihn repräsentirt, und für seine Schulden (nomina) haftet *a*). Wer dagegen nur in singulam rem, also in ein einzelnes Recht, oder auch in mehrere, ja in alle, aber nur als Einzelnheiten eintritt, bildet mit dem Verstorbenen nicht eine und dieselbe Person, haftet daher auch nicht für seine Schulden, ausser wenn sie auf der Sache, die er erhält, selber lasten, und heißt jetzt Singularsuccessor *b*).

---

a) L. 87. D. de acquir. vel ommitt. her. (29. 2.). l. 24. 208. D. de V. S. (50. 16.).

b) L. 7. cod. de heredit. actionib. (4. 16.).

IV. Delata und acquisita hereditas.

§. 376.

Ist überhaupt von der Nachfolge in das gesammte Vermögen eines Verstorbenen als Ganzes die Rede, so muß man hier den Anfall der Verlassenschaft und den Erwerb derselben wohl unterscheiden *a*). Jener (die delata hereditas) berechtigt und verpflichtet den Erben, wie er auch, ohne Rücksicht, ob er künftig erwerben werde oder nicht, heißt, zu Nichts; dieser (die acquisita hereditas) beruht nach neuestem römischen Rechte lediglich auf freiem Willen des Berufenen, welcher sich entweder durch wörtliche oder factische Erklärung der Annahme (hereditatis aditio — pro herede gestio [§. 454.]), oder, wo der Erwerb ipso jure stattfinden soll, wenigstens durch die Erklärung, man wolle die Erbschaft nicht (das Abstiniren [§. 477.]), äussert. Der Erwerb der Erbschaft setzt aber immer einen Anfall voraus, und dieser wieder, daß Derjenige, dem die Erbschaft anfällt, den Verstorbenen überlebt habe *b*).

V. Rechtsgrund des Anfalls einer Erbschaft.

§. 377.

Die Römer gehen bei der Frage, wer in die Verlassenschaft eines Verstorbenen succediren, wer dazu berufen, wem sie also deferirt seyn solle, zu allen Zeiten von dem Grundsatz aus, daß der Wille des civis über das Vermögen auch noch nach seinem Tode entscheidend seyn müsse, wenn er anders in einer gewissen Form ausgesprochen sey (testamentaria hereditas). Im Falle Dieß nicht geschehen ist, soll Derjenige zur Erbschaft berufen seyn, von welchem man vermuthet, daß ihn der Verstorbene ernannt haben würde, wenn er überhaupt seinen Willen ausgesprochen hätte (legitima hereditas, ab intestato here-

a) *Caj.* II, 167. l. 151. D. de V. S. (50. 16.). §. 7. Inst. de hered. qualit. (2. 19.). Rub. *Dig.* De acquirenda vel omittenda hereditate (29. 2.).

b) L. 19. D. de acq. vel omitt. her. (29. 2.).

ditas) *a*). Der Anfall beruht daher seinem Rechtsgrunde nach entweder auf einem letzten Willen (sg. successio testamentaria) oder auf gesetzlicher Norm (sg. successio intestati) *b*). Ist ein letzter Wille vorhanden, so ist in der Regel die Wirksamkeit der gesetzlichen Norm ausgeschlossen *c*). Ausnahmsweise aber soll gegen den letzten Willen nach der gesetzlichen Norm die Verlassenschaft deferirt seyn (sg. successio contra testamentum) *d*). Jedoch sah man immer eine Vermischung der beiden Rechtsgründe des Anfalls durch den Willen des Erblassers für so unzulässig an, daß neben einem Testament die gesetzliche Norm nicht wirksam seyn könnte. Dieß drücken die Römer mit der Regel aus: Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest *e*), welche Regel jedoch für Soldaten wegfällt *f*), und überhaupt die Möglichkeit nicht ausschließt, daß neben Solchen, welche durch ein Testament berufen sind, Intestaterben zur Succession gelangten (vgl. §. 445 ff.)

VI. Hereditas und bonorum possessio.

Caj. III, 25. sq. II, 120. 148. 149. IV, 144. *Ulp.* XXVIII, 1. 10—13. *Inst.* III, 9. (10.). *Dig.* XXXVII, 1. De bonorum possessionibus. *Cod.* VII, 9. Qui admitti ad BPem possunt et intra quod tempus. §. 3. Inst. de interdict. (4. 15.). *Dig.* XLIII, 2. *Cod.* VIII, 2. Quorum bonorum. Hugo R. G. S. 550 f. Schweppe R. G. §. 463.

§. 378.

Während sich Spuren davon finden, daß bei den Römern durch den Tod ursprünglich alle Rechtsverhältnisse eines Men-

---

a) Schon in den 12 Tafeln kommen die beiden Stellen vor: „Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto.“ „Si intestatus moritur, cui suus heres nec (sit) adgnatus proximus familiam habeto.“ Hugo R. G. S. 242 f.

b) §. 6. Inst. in f. per quas pers. cuiq. adquir. (2. 9.).

c) L. 39. D. de acq. vel omitt. her. (29. 2.). l. 89. D. de R. J. (50. 17.).

d) L. 6. §. 1. D. de B. P. (37. 1.).

e) §. 5. Inst. de hered. inst. (2. 14.). l. 7. D. de R. J. (50. 17.).

f) L. 6. D. de test. mil. (29. 1.).

schen aufhörten, daß die Sachen eines Verstorbenen res nullius waren und von Jedem, der da wollte, in der Art occupirt werden konnten, daß er das streng römische Eigenthum (§. 158) daran durch usucapio in einem Jahre erwarb, hat jedenfalls das ausgebildetere römische Recht für die Berufung zur Verlassenschaft zwei ganz verschiedene, aber doch vielfach in einander greifende Systeme, zu welchen durch Justinian ein drittes hinzukommt, das jedoch die älteren nicht in allen Beziehungen aufhebt. Diese Erbfolgesysteme gehen sowohl auf die testamentarische als auf die Intestatsuccession und auf die Succession gegen das Testament. Das älteste System ist jenes des jus civile, welches in den zwölf Tafeln ausgesprochen und durch spätere leges ergänzt ist. Die Verlassenschaft und auch die Berufung dazu heißt darin ausschließlich hereditas, der Berufene heres; nur so lange sich dieser noch nicht die Erbschaft angeeignet hatte, konnte fortwährend Jeder das erwähnte Recht des Zugriffs ausüben, mußte aber vor Vollendung der usucapio dem sein Erbrecht geltend machenden heres weichen. Veränderte Rechtsansichten, nach denen in manchen Fällen das nach Principien der streng römischen Familienrechtsgrundsätze berechnete System der hereditas, welches nur auf die durch väterliche Gewalt begründeten Familienbande basirt war, unbillig werden konnte, vermochten den Prätor, ein ursprünglich auf das alte Recht des Zugriffs und die pro herede usucapio gebautes System der Nachfolge in die Verlassenschaft aufzustellen, welches zugleich die civilrechtliche Erbfolge umfaßte, aber zum Theil vor und neben, zum Theil nach den Civilerben, Personen berief, die in der hereditas übergangen waren. Dieses prätorische System nennt die Verlassenschaft *bona*, oder auch *res*, und die Berufung dazu *bonorum possessio*, niemals *hereditas*, den Berufenen aber *bonorum possessor*, niemals *heres*. Die Berufung bestand nämlich darin, daß der Prätor dem bonorum possessor von der Verlassenschaft Besitz zu ergreifen gestattete, welchen die usucapio pro herede in einem Jahre in dominium ex jure Quiritium verwandelte. Um dieses jus

possidendi gegen Denjenigen geltend zu machen, welcher nach dem alten Zugriffsrechte sich schon in Besitz gesetzt hatte, fand für den bonorum possessor ein eignes adipiscendae possessionis interdictum statt, welches quorum bonorum heißt. War der bonorum possessor zugleich heres, so hatte er die Wahl, ob er nach Civilrecht oder nach prätorischem Rechte succediren wollte; im letzten Falle hatte er die mit der bonorum possessio verknüpften Vortheile; daher war sie ihm nützlich aber nicht nothwendig. War dagegen der bonorum possessor nicht zugleich heres, so konnte er nur nach dem prätorischen Rechte succediren, und die bonorum possessio war ihm daher nothwendig. Jedoch durfte ihm ursprünglich ein etwa vorhandener heres, weil der Prätor dessen auf Civilrecht beruhende Succession nicht aufheben konnte, die Verlassenschaft wieder entziehen, und es hieng daher die Wirksamkeit der prätorischen Berufung nur von dem Umstande ab, ob der heres von seinem Rechte binnen einer zur Usucapion erforderlichen Zeit Gebrauch machte oder nicht. Hierauf gründet sich die Eintheilung in bonorum possessio *cum re* und *sine re*. Stand nämlich dem durch den Prätor Berufenen von Anfang an ein heres nicht im Wege, so war die bonorum possessio: *cum re*; konnte aber dem bonorum possessor die Verlassenschaft gültig entwunden werden, so war die bonorum possessio: *sine re*. Jedoch konnte hienach durch ein Versäumniß des heres, oder vielmehr durch hinzutretende usucapio auf Seiten des bonorum possessor, dessen Berufung, wenn sie auch an sich bonorum possessio sine re war, Wirksamkeit erlangen. Erst später, nachdem sich das prätorische System der bonorum possessio befestigt hatte, konnte der bonorum possessor, ohne mehr der pro herede usucapio zu bedürfen, sein Recht gegen den heres, insofern dieser ihm nicht in der bonorum possessio gleichfalls vorgieng, sogleich geltend machen. Indessen mußte sich jeder durch den Prätor Berufene in einer bestimmten Zeit, und zwar parentes et liberi in einem Jahre, alle andere in hundert Tagen über die Annahme der B. P. erklären (bon: possessionem petere, agnoscere, admittere,

accipere). Ausnahmsweise war für die Wirksamkeit dieser Erklärung ein Decret des Prätor, das er causa cognita ertheilte, nothwendig; dann nannte man die bonorum possessio: *decretalis a*), welcher man jetzt die Regel als sg. B. P. edictalis gegenüberstellt. — Justinians Erbfolgesystem wird sich in der Folge ergeben.

VII. Uebersicht der folgenden Darstellung.

§. 379.

Um das Erbrecht darzustellen, müssen folgende Fragen beantwortet werden: Wer ist zur Nachfolge berufen? Wie erwirbt der Berufene? Welche Rechtsverhältnisse entstehen aus dem Erwerbe, und wie wird die deferirte Verlassenschaft verloren? Die zweite Abtheilung wird daher in drei Capiteln enthalten: I. Die Berufung durch einen letzten Willen. II. Die Berufung ohne letzten Willen. III. Die Berufung gegen einen letzten Willen. Die dritte Abtheilung wird vom Erwerbe der Verlassenschaft nebst den aus dem Erwerbe entstehenden Rechtsverhältnissen, und die vierte Abtheilung wird von dem Verluste deferirter Verlassenschaften handeln.

Zweite Abtheilung.

Berufung zur Nachfolge in das Vermögen des Verstorbenen.

Erstes Capitel.

Berufung durch einen letzten Willen.

I. Begriff und Arten des letzten Willens.

L. 1. D. qui testam. fac. poss. (28. 1.).

§. 380.

Ein letzter Wille ist die Verfügung einer Person über Dasjenige, was nach ihrem Tode geschehen solle. Hier han-

---

a) Vergl. l. 14. §. 1. D. de B. P. c. t. (37. 4.). l. 4. D. de con

delt es sich indeß bloß um die Verfügung über das Schicksal des Vermögens, denn die testamentarische Ernennung des Tutor ist schon erörtert (§. 353). Bei seinem Leben ist Niemand an den errichteten letzten Willen gebunden, vielmehr kann er ihn jeder Zeit bis zu seinem Tode aufheben und ändern; mit seinem Tode hingegen erhält er Wirksamkeit *a*). Der letzte Wille ist aber entweder ein Testament oder ein Codicill, je nachdem darin die Ernennung eines Erben enthalten ist und respective enthalten seyn muß, oder eine solche Ernennung nicht darin enthalten ist und respective nicht enthalten seyn kann *b*).

II. Errichtung eines letzten Willens.

A. Erfordernisse zur Möglichkeit.

Caj. II, 111—114. *Ulp.* XX, 10—16. *Paul.* III, 4ᵃ. *Inst.* II, 12. Quib. non est permissum facere testam.. *Dig.* XXVIII, 1. Qui testam. fac. poss., et quemadm. testam. fiant. *Cod.* VI, 22. Qui testam. fac. possint vel non.

§. 381.

Damit Jemand einen letzten Willen errichten könne, muß er 1) testamenti factio im eigentlichen Sinne haben, d. h. er muß seinem status nach fähig seyn, einen letzten Willen zu errichten. Unfähig sind a) Nichtcives und b) solche cives, welche eine maxima oder media capitis diminutio erlitten haben, wohin auch die zu einer Capitalstrafe Verurtheilten gehören. Daher ist insbesondere der letzte Wille, welchen Jemand in feindlicher Gefangenschaft errichtet, ungültig, wiewohl der vorher errichtete entweder jure postliminii oder nach der lex Cornelia als gültig aufrecht erhalten wird. Wer einen letzten Willen errichten will, muß 2) testamenti factio in einem andern Sinne haben, d. h. er muß nicht nur von väterlicher

---

jungend. cum. emanc. lib. (37. 8.). l. 3. §. 8. D. h. t. (37. 1.). l. 1. §. 7. D. de successor. edicto (38. 9.). Hugo R. G. S. 604. Schweppe R. G. a. a. O.

a) L. 4. D. de adim. vel transfer. leg. (34. 4.).

b) *Caj.* II, 229. 273. *Ulp.* XXIV, 15. XXV, 11. §. 34. Inst. de legat. (2. 20.). §. 2. Inst. de codic. (2. 25.).

Gewalt unabhängig, sondern auch fähig seyn, einen Willen zu haben und zu erklären (testamenti faciundi jus). In diesen Beziehungen sind unfähig: a) der filiusfamilias, mit Ausnahme seines castrense und quasi castrense peculium, worüber er schlechthin wie ein paterfamilias einen letzten Willen errichten kann *a*). b) Unmündige, welche selbst nicht unter Auctorität des Tutor testiren können, während Mündige nicht einmal an einen Consens des Curator gebunden sind; c) furiosi, ausser in lichten Zwischenräumen, und die ihnen gleich gestellten prodigi; d) des Schreibens unkundige Taubstumme und Stumme, sie müßten denn die Erlaubniß des Regenten haben. Endlich muß 3) die Fähigkeit, einen letzten Willen zu errichten, nicht zur Strafe entzogen seyn. Solche lege intestabiles sind Diejenigen, welche wegen Pasquills verurtheilt sind, Apostaten und gewisse Ketzer.

B. Ungültigkeit des letzten Willens wegen Mängel der Willensbestimmung.

Ulp. XXIV, 19. §. 29—31. Inst. de legat. (2. 20.). *Dig.* XXIX, 6. *Cod.* VI, 34. Si quis aliquem testari prohibuerit, vel coëgerit.

§. 382.

Die Willensbestimmung kann mangelhaft seyn: 1) wegen Irrthums; dieser macht die letztwillige Disposition ungültig, wenn sich der Erblasser in der zu bedenkenden Person, oder im Gegenstand der Disposition oder in dem Beweggrunde irrt; dagegen hat der Irrthum des Erblassers in der Bezeichnung der Person oder Sache oder der Quantität der Theile diese Wirkung nicht. 2) Wegen Zwangs; dieser macht jede Disposition ungültig. 3) Der dolus macht die Disposition in Ansehung des Betrügers per exceptionem ungültig; in Ansehung Dritter wirkt der Betrug nur als Irrthum, und diese selbst können nach Umständen gegen den Betrüger die doli actio haben. 4) Eine

a) Hinsichtlich des sg. peculium profectitium kann er eine mortis causa donatio (§. 421) machen, aber nur, wenn der Vater einwilligt.

Ueberredung, wenn sie nicht den Charakter von Zwang oder Betrug annimmt, hat keinen Einfluß auf die Gültigkeit letztwilliger Dispositionen.

C. Von dem Testament insbesondere.

Einleitung.

§. 383.

Um die Lehre von den Testamenten zu erschöpfen, muß die Rede seyn von dem Inhalt und der Form derselben. Der Inhalt des Testaments ist aber eines Theils wesentlich, und zwar entweder so, daß er nicht fehlen darf, ohne den Begriff des Testaments aufzuheben, oder so, daß er nur als Inhalt des Testaments vorkommen kann, andern Theils ausserwesentlich. Der wesentliche oder Hauptinhalt des Testaments ist die Erbeseinsetzung oder die Ernennung eines Nachfolgers in das Vermögen als Ganzes (heredis institutio) *a*). Dabei kommt zur Sprache die Fähigkeit zum Erben eingesetzt werden zu können, die Art der Ernennung, die Substitutionen und das Schicksal des Vermögens, wenn der dafür ernannte Erbe wegfällt (jus accrescendi).

1. Wesentlicher Inhalt des Testaments.

a) Fähigkeit, zum Erben ernannt zu werden.

Caj. II, 185 — 190. 110. 242. 275. 287. *Ulp*. XXII. §. 4. Inst. de hered. qualit. et differ. (2. 19.). *Inst*. II, 14. *Dig*. XXVIII, 5. De heredib. instituend.. *Cod*. VI, 24. De hered. instit., et quae pers. hered. institui non poss.. l. 4. 5. cod. de haeret. (1. 5.) l. 3. cod. de apostat. (1. 7.). l. 5. §. 1. 3. cod. ad L. Jul. Maj. (9. 8.).

§. 384.

Die Fähigkeit, zum Erben ernannt zu werden, wovon die Fähigkeit, eine deferirte Erbschaft erwerben zu können, wesentlich verschieden ist, und wobei es sich bloß um den Augenblick der Erbeseinsetzung handelt, beruht im Allgemeinen auf der testamenti factio im eigentlichen Sinne (§. 381), welche

---

a) *Caj*. II, 229. *Ulp*. XXIV, 15. §. 34. Inst. de legat. (2. 20.). l. 1. §. 3. D. de vulg. et pupil. subst. (28. 6.).

man jetzt testamenti factio passiva zu nennen pflegt. Jedoch gelten mehrere Ausnahmen, indem nicht nur die Ernennung von manchen Subjecten gültig ist, welche nicht testamenti factio haben, sondern auch manche Personen nicht ernannt werden können, welche an sich testamenti factio haben. Solche Ausnahmen machen 1) Sclaven, indem mit der Einsetzung eines Sclaven des Testator schlechthin die Freiheit verbunden ist. Der fremde Sclave ist gültig eingesetzt, wenn sein Herr testamenti factio hat (cum testamenti factio cum servis ex persona dominorum introducta est). 2) Der in feindlicher Gefangenschaft Befindliche wird gültig eingesetzt. 3) Soldaten können auch Personen einsetzen, welche nicht testamenti factio haben. 4) Ungewisse Personen (incertae personae), welche nach älterem Rechte ganz unfähig waren, können nach dem neuesten Recht eingesetzt werden, wenn sie anders in der Folge auf eine oder die andere Art gewiß werden. Die Armen werden nicht mehr zu den ungewissen Personen gezählt, so wenig als der postumus. 5) Haeresis und apostasia (fidei) machen absolut unfähig. 6) Söhne eines Hochverräthers können nicht zu Erben eingesetzt werden, und Töchter desselben sollen nur von der Mutter die Falcidia, d. h. den Pflichttheil (§. 447) erhalten können. 7) Neben ehelichen Kindern kann Jemand seine liberi naturales sammt ihrer Mutter nur auf $\frac{1}{12}$, die Concubine allein kann er nur auf $\frac{1}{24}$ seines Vermögens einsetzen. 8) Der Kaiser soll nicht litis causa eingesetzt werden. 9) Beschränkungen hinsichtlich des zweiten Ehegatten siehe §. 328. 329. — Uebrigens kann man alle unfähige Personen unter der Bedingung einsetzen, daß sie fähig werden, und Soldaten brauchen diese Bedingung nicht einmal beizufügen.

b) Art der Ernennung.

Ulp. XXI. *Paul*, III, 4[b]. *Inst.* II, 14. *Dig.* XXVIII, 5. *Cod.* VI, 24. De hered. inst.

§. 385.

Nach dem neuesten Recht ist es gleichgültig, an welchem

Orte des Testaments die Erbeseinsetzung geschieht, und ob sie in Befehlsform oder anders gefaßt ist. Eine fehlerhafte Construction schadet nicht, und der Erbe braucht nicht bei Namen genannt, er kann auch beschrieben werden, nur muß die Beschreibung klar und nicht mit Schimpfwörtern geschehen; niemals aber kann die Bestimmung des Erben in die Willkühr eines Dritten gestellt werden. Der Testator kann einen oder mehrere Erben ernennen, und dabei steht es ihm frei, wie er die Erbtheile bestimmen will. Hat er die Erbtheile nicht bestimmt, so wird die Erbschaft durch die Zahl der Erben dividirt. Dabei werden jedoch zwei verbunden genannte Erben, wegen des wahrscheinlichen Willens des Testator, nur für einen Kopf gerechnet, was auch dann der Fall ist, wenn zwei zu einem Bruchtheile verbunden ernannt sind. Hat der Testator die Verlassenschaft durch Bruchtheile nicht erschöpft, so muß auch der Rest der Erbschaft unter die genannten Erben vertheilt werden, und zwar wegen der Regel: nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest (§. 377). Eine Folge dieser Regel ist wohl auch der Grundsatz, daß der Erbe weder von einem dies an noch bis zu einem dies ernannt werden kann. Jedoch fällt, wenn der Testator ein Soldat ist, der Rest der nicht vertheilten Erbschaft an die Intestaterben, und ebenso ist ihm die Hinzufügung eines dies verstattet. Hat der Testator mehr Bruchtheile gemacht, als ein Ganzes enthält, so gelten hiefür eigne Interpretationsregeln; ebenso wenn er Einen oder Mehrere zu Erben auf bestimmte Sachen und Andere zu Bruchtheilen berufen hat. Hat er nur zu bestimmten Sachen einen oder mehrere Erben berufen, so gelten diese Erbeseinsetzungen für unbestimmt, und die Sachen, zu welchen ernannt ist, werden als legirt angesehen.

c) Von Substitutionen.

α) Vulgaris Substitutio.

Caj. II, 174—178. *Ulp.* XXII, 33. 34. *Paul.* III, 4[b]. §. 4. 5. *Inst.* II, 15. De vulgari substitutione. *Dig.* XXVIII, 6. De vulgari et pupill. substit. *Cod.* VI, 25. De instit. et substitutionib., et restit. etc. VI, 26. De impub. et aliis substit.

§. 386.

Der Testator kann nicht nur mehrere Erben neben einander ernennen, sondern auch einen nach dem andern, auf den Fall, daß der letztere nicht eintreten will oder kann *a*). Diese Ernennung eines weitern Erben (secundo gradu heres scriptus) heißt *substitutio*, und im Gegensatze der §. 387. zu erörternden: *vulgaris substitutio*. Diese Substitution, deren Zweck die Abwendung der Intestaterbfolge oder des jus accrescendi beim Ausfall eines einzigen oder eines von mehreren Erben ist, kann einfach oder in der Art gehäuft vorkommen, daß auf den wegfallenden Erben des zweiten, der des dritten Grades ꝛc. folgen soll; auch kann Einer Mehreren substituirt werden und Mehrere Einem. Auch mehrere oder alle neben einander genannte Erben (coheredes) können sich gegenseitig substituirt werden (reciproca substitutio). Damit dem substitutus die Erbschaft deferirt werde, muß der institutus dieselbe nicht erworben haben, und wo es zweifelhaft ist, ob der substitutus einrücken könne oder nicht, da entscheidet der wahrscheinliche Wille des Testator, für dessen Interpretation die römischen Juristen eigne Regeln aufgestellt haben. Der substitutus ist übrigens, wenn der Testator Dieß nicht ausdrücklich anders bestimmt hat, nicht bloß zur Institutionsportion, sondern auch zur Substitutionsportion Dessen berufen, dem er substituirt ist, und umgekehrt; daher die jetzt so gefaßte Regel: Substitutus substituto instituto, huic quoque censetur sub-

---

a) Nur der Soldat kann Ausnahmsweise auf den Fall, daß der erste Erbe schon Erbe geworden ist, Diesem einen zweiten, und Letzterem einen dritten substituiren. l. 5. 15. §. 4. D. de test. mil. (29. 1.).

stitutus qua instituto. Sind Mehrere Einem substituirt, so geschieht die Ausmittelung Dessen, was ihnen deferirt ist, wenn sie nicht auch instituirt sind, nach Kopftheilen schlechthin, wenn sie aber zugleich instituirt sind, nach Verhältniß ihrer Institutionsportion, wobei jedoch wieder des wahrscheinlichen Willens des Testator wegen der mit dem Ausfallenden verbunden Ernannte die übrigen nicht verbunden Genannten ausschließt. Concurriren instituti und nicht instituti als substituti, so erhalten die Letztern Kopftheile, die Erstern aber vom Reste jeder einen Theil nach seiner Institutionsportion. Hat der institutus die delata hereditas angenommen, so kann er die Portion, für die er substituirt ist, nicht mehr ausschlagen. —

B) Pupillaris substitutio.

Caj. II, 179—184. *Ulp.* XXIII, 7—9. *Paul.* III, 4 [b]. §. 5. *Inst.* II, 16. De pupillari substitutione. *Dig.* XXVIII, 6. De vulg. et pup. subst. *Cod.* VI, 26. De impuberum et aliis substitutionibus.

§. 387.

Neben der vulgaris substitutio kommt eine andere, von ihr wesentlich verschiedene, vor, die *pupillaris substitutio*, welche lediglich ein Ausfluß der väterlichen Gewalt ist. Wer nämlich einen impubes unmittelbar in seiner väterlichen Gewalt hat, oder auch zur Zeit seines Todes haben wird, oder einen postumus erwartet, welcher nach seinem Tod in keine andere väterliche Gewalt fällt, kann für jenen und diesen auf den Fall, daß sie in den Jahren der Unmündigkeit sterben sollten, einen Erben ernennen, sowohl in seinem eignen Testament, als in einem abgesonderten (tabulae secundae), neben welchem er aber für sich ein Testament nothwendig errichten oder schon errichtet haben muß *a*) (tabulae primae s. principales). Errichtet er beide Testamente zur nämlichen Zeit, so ist es gleichgültig, welches er zuerst macht. Uebrigens ist der Vater hinsichtlich der Person des zu ernennenden substitutus ungebunden, und hinsichtlich seiner

a) Ueber Privilegien des Soldaten hinsichtlich der pupillaris substitutio: l. 28. 41. §. 4. l. 15. §. 5. D. de test. mil. (29. 1.). l. 2. §. 1. D. h. t. (28. 6.). l. 8. cod. h. t. (6. 26.).

eignen Erben gelten nur die allgemeinen Beschränkungen, weßhalb er auch unter Umständen den impubes ausschließen kann. Auch kann der Vater eine Person substituiren, welche er sich selber nicht gültig zum Erben ernennen könnte, indem der Substitut nur im Verhältnisse zum impubes erbfähig zu seyn braucht. Der Substitut ist in der Regel nicht nur zu dem vom Vater herrührenden Vermögen des impubes berufen, sondern auch zu allem übrigen, ausgenommen, wenn der Vater Soldat oder nicht der leibliche Vater ist, indem in jenem Falle der Wille des Testator entscheidet, in Diesem Derjenige, welcher durch arrogatio die väterliche Gewalt erworben hat, nur für das von ihm herrührende Vermögen substituiren kann. Da übrigens das eigne Testament des Vaters und jenes für den impubes als ein einziges angesehen werden, so kann der Substitut, wenn er den Nachlaß des Vaters angenommen hat, jenen des impubes nicht mehr ausschlagen und umgekehrt. Mehrere Substituten sind, wenn sie zugleich alle für das Vermögen des Vaters instituirt wurden, und ihre Theile nicht anders bestimmt sind, zum Nachlaß des impubes nach den Institutionsportionen, in allen andern Fällen aber nach Kopftheilen gerufen. Die pupillaris substitutio erlischt 1) zur Strafe, wenn der Substitut dem Kinde einen Tutor binnen Jahresfrist zu erbitten versäumt. 2) Durch Emancipation des Kindes, so wie durch den Tod desselben bei Lebzeiten des Vaters. 3) Durch Erfüllung der Zeit, für welche der Substitut ernannt ist oder ernannt werden kann. 4) Durch den Tod des Substituten, bevor ihm die Erbschaft des Kindes deferirt ist. Ist er jedoch nach dem Vater, aber vor dem impubes gestorben, so fällt des Letztern Erbschaft an die Erben des Substituten, wenn dieser die ihm deferirte väterliche Erbschaft erworben hatte. Endlich 5) wenn aus dem väterlichen Testament nicht succedirt wird, wobei jedoch mehrere Ausnahmen gelten, namentlich die, daß die in der Absicht, den Substituten zu entfernen geschehene Weigerung des väterlichen Testamentserben, die Erbschaft aus dem Testament anzutreten, dem Substituten nicht schadet.

Verhältniß der pupillaris zur vulgaris substitutio.

§. 388.

Obgleich diese beiden Substitutionen nur darin mit einander übereinkommen, daß sie bedingte Erbeseinsetzungen sind, sonst aber auf ganz verschiedenen Principien beruhen, so mochte es schon früh bei den Römern so sehr Sitte seyn, beide mit einander zu verbinden, daß sich am Ende die Rechtsregel bildete, die eine Substitutionsart enthalte die andere immer stillschweigend in sich, wiewohl bei dem klar entgegenstehenden Willen des Testator die Regel keine Anwendung finden kann, auch die Anwendung derselben beim Testament des Soldaten ausgeschlossen ist. —

C) Noch andere Substitutionen.

§. 1. Inst. de pup. subst. (2. 16.). l. 45. D. de vulgar. et pup. subst. (28. 6.). l. 9. cod. de impub. et aliis subst. (6. 26.)

§. 389.

Der pupillaris substitutio nachgebildet ist 1) die sg. quasi pupillaris, exemplaris s. Justinianea substitutio, indem Justinian, was früher nur Ausnahmsweise und nach eingeholter kaiserlicher Erlaubniß möglich war, ohne Ausnahme allen Ascendenten, ohne Rücksicht auf väterliche Gewalt oder Geschlecht, gestattete, für ihre wahnsinnigen Kinder, insofern diese ihre unmittelbare Intestaterben sind, Testamente zu errichten, wobei sie weder das wahnsinnige Kind ganz von ihrer Erbschaft ausschließen, noch alle Descendenten, und wenn solche nicht vorhanden sind, alle Geschwister des Wahnsinnigen, ausser wenn diese Personen sammt und sonders ebenfalls wahnsinnig sind, übergehen dürfen. Diese Substitution erlischt durch die Genesung des Kindes. 2) Die Substitution für stumme und taubstumme Kinder wurde nach älterem Rechte wohl auch vom Kaiser als beneficium begehrt, und scheint, wenigstens wenn die Kinder des Schreibens unkundig sind, im Justinianischen Rechte vorgekommen zu seyn. Uebrigens ist sie der sg. quasi pupillaris ganz analog.

d) Jus accrescendi.

L. 31. 53. §. 1. l. 67. D. de adquir. vel om. her. (29. 2.). l. 26. §. 1. D. de cond. (35. 1.). l. 15. pr. l. 17. §. 1. 2. l. 59. §. 3. 5. l. 63. 66. D. de her. inst. (28. 5.). l. 80. D. de leg. III (30). l. 142. D. de V. S. (50. 16.). *Cod.* VI, 10. Quando non petentium part. petentib. adcrescant. 51. De caduc. tollend.

§. 390.

Hat der Testator nur einen Erben ernannt, und diesem keinen weiteren substituirt, so fällt, wenn der Erbe nicht erwirbt, die Erbschaft an die Intestaterben. Hat er aber mehrere Erben neben einander ernannt, und es fällt einer von diesen weg, so tritt für die vacante Portion nicht Intestaterbfolge ein, sondern die übrigen Erben sind nun zu dem vacanten Theile nach Verhältniß ihrer Erbportionen berufen, und zwar in der Art, daß sie das ihnen auf diese Art Deferirte, wenn sie ihre Erbportion angenommen haben, nicht ausschlagen können. Dieß heißt *jus accrescendi*, und es steht nicht in der Macht des Erblassers, dasselbe schlechthin zu verbieten *a*); wiewohl er einzelne Erben davon ausschließen oder dasselbe durch vulgaris substitutio umgehen kann. Dieses jus accrescendi gilt selbst für die Erben Desjenigen, der seine Institutionsportion angenommen hat, und für die substituti, aber auch für jene Personen, welche nur bis auf ein maximum instituirt werden können, soweit sie dieß noch nicht durch die Institution haben. Nur wird der wahrscheinliche Wille des Testator in der Art geehrt, daß das jus accrescendi durch die Construction, deren sich derselbe zur Ernennung Mehrerer bedient hat, auf einige oder einen Miterben beschränkt seyn kann. Hat er nämlich Mehrere in der Art zu dem nämlichen Theile der Erbschaft ernannt, daß er Jedem denselben ganz zuwenden würde, wenn die andern nicht mit ihm concurriren

a) Nur der Soldat ist hier nach dem Grundsatze: voluntas militis pro jure servatur“ ausgenommen; nur müssen die Intestaterben beweisen, es sey der Wille des Testator gewesen, daß die ausfallende Portion nicht accresciren, sondern an sie fallen solle. l. 1. cod. de test. mil. (6. 21.).

sollten, so findet nur unter diesen Verbundenen, die dann entweder (was aber im Erfolge gleichgültig ist) re et verbis conjuncti sind, oder re conjuncti oder verbis conjuncti, das jus accrescendi statt, und die übrigen coheredes, welche dann im Verhältnisse zu dem ausfallenden disjuncti (in diesem Sinne) heißen, haben auf seine Portion das jus accrescendi nicht.

2. Nebeninhalt des Testaments.

a) Von Vermächtnissen.

Dig. XXX—XXXII. De legatis et fideicommiss. I. II. III. *Cod.* VI, 43. Communia de leg. et fideic. etc.

A) Einleitung und Begriffsbestimmungen.

Caj. II, 191—223. 246—250. 268—283. *Ulp.* II, 7. XXIV, 1—14. XXV, 1—3. *Paul.* IV, 1. §. 5. 6. §. 1—3. Inst. de legatis. (2. 20.). §. 3. Inst. de singul. reb. per fideic. (2. 24.).

§. 391.

Neben der Ernennung eines heres, als dem Hauptinhalte des Testaments, konnte schon nach altem römischen Recht eine sg. Singularsuccession (in singulam rem successio) vom Testator verordnet werden. Geschah diese Verordnung im Testament nach einer civilen Form, so hieß sie *legatum*. Hiedurch wurde die Verlassenschaft, in welche der heres succediren sollte, vermindert (delibatio hereditatis), und hinsichtlich des Verhältnisses zwischen dem zu dieser Singularsuccession Berufenen (legatarius) und dem Testator (legator) ist das legatum eine donatio testamento relicta. Auf die Form der Berufung, welche eine vierfache war (per vindicationem, per damnationem, sinendi modo und per praeceptionem), gründeten sich wichtige Unterschiede, welche Justinian dahin aufgehoben hat, daß ohne Rücksicht auf die Form der Berufung in jedem einzelnen Falle Dasjenige gelten solle, was für den Legatar am Vortheilhaftesten sey. — Spätern Ursprungs als das legatum ist das *fideicommissum*. Dieß war ursprünglich eine vom Testator an den Erben mündlich oder schriftlich (im Codicill, §. 416) gerichtete Bitte, gewisse Verfügungen zu vollziehen, welche er im Testament nicht aufnehmen konnte oder wollte. Diese Verfü-

gungen bezogen sich entweder auf die hereditas selber (*fideicommissaria hereditas*, sg. Universalfideicommiß), oder auf einzelne Rechte (*singularum rerum fideicommissum*, sg. Singularfideicommiß). Der Erbe hieß in dieser Beziehung *fiduciarius*, Derjenige, zu dessen Gunsten die Verfügung getroffen war, *fideicommissarius*. Erst unter August wurden diese Verfügungen klagbar. Nachdem schon vor Justinian die Fideicommisse sich immer mehr den Legaten genähert hatten, hob derselbe allen noch bestehenden Unterschied zwischen beiden förmlich auf, und zwar so, daß im einzelnen Fall immer Dasjenige gelten sollte, was für den Berufenen am Vortheilhaftesten sey, und wir begreifen daher jetzt beide unter dem Namen Vermächtniß, wozu denn auch die fideicommissaria hereditas zu rechnen ist.

B) Erfordernisse zur Gültigkeit der Vermächtnisse.

a) In den Personen.

Caj. II, 238—241. 244. 245. 260. 287. *Ulp.* XXIV, 18—24. 28. XXV, 4. 6. 10. 11. 13. *Paul.* III, 6. §. 4. 13. IV, 1. §. 1—4. §. 24—26. 32. 33. Inst. de legat. (2. 20.). pr. Inst. de singul. reb. per. fideicomm. (2. 24.). *Cod.* VI, 48. De incertis personis.

§. 392.

Damit ein Vermächtniß gültig verordnet werde, muß nicht nur Derjenige, dem es zugewandt werden soll, der Honorirte (qui legato honoratur), fähig seyn, dazu berufen zu werden, was wieder von der Fähigkeit, das Vermächtniß zu erwerben, sehr verschieden ist, sondern es muß auch Demjenigen, dem die Entrichtung auferlegt ist, dem Onerirten (qui legatorum praestatione oneratur), dieses onus gültig auferlegt werden können. Was nun A) die Person des Honorirten betrifft, so muß er testamenti factio haben, wobei nach neuestem Recht auf den Augenblick der Testamentserrichtung, ohne Unterschied zwischen Legaten und Fideicommissen gesehen wird *a*). Jedoch hat dieses Erforder-

a) Eine in der Folge eintretende Unfähigkeit schadet nicht, wenn sie nur zur Zeit des Erwerbs wieder weggefallen ist.

niß folgende Modificationen: 1) Sclaven kann, wenn sie fremde sind, ein Vermächtniß zugewandt werden, wo dann der Herr als honorirt zu betrachten ist. Sclaven des Onerirten können honorirt werden, wenn die Bedingung, daß sie bis zur Zeit des Erwerbs frei werden, hinzugefügt ist, ausserdem nicht. Uebrigens kann der Herr eines Sclaven, welcher zum Erben eingesetzt ist, gültig honorirt werden; jedoch erlischt das Legat, wenn der Herr durch den Sclaven Erbe wird. 2) Die Beschränkungen des ältern Rechts hinsichtlich der personae incertae, hinsichtlich juristischer Personen und des postumus, sind im neuesten römischen Recht aufgehoben, indem alle diese Personen honorirt werden können. 3) Soldaten können auch solche Personen honoriren, welchen die testamenti factio fehlt. 4) Was im §. 384 von haeresis und apostasia, von Söhnen der Hochverräther, von Concubinen und liberi naturales, und von dem zweiten Ehegatten gesagt ist, gilt auch für die Vermächtnisse. — Was B) die Person des Onerirten betrifft, so kann nach neuestem Rechte Jeder mit Vermächtnissen belastet werden, der honorirt ist, also nicht bloß der ernannte Erbe, der Legatar und Fideicommissar, sondern auch der Intestaterbe, ja der Fiscus auf den Fall, daß er die Verlassenschaft als bona vacantia (§. 441) erhalten werde, Derjenige, dem eine mortis causa donatio (§. 421) zufällt, der Substitut, und zwar auch der Pupillarsubstitut (§. 387), ja die Intestaterben des Pupillen, dem der Vater nicht substituirt hat. Wer dagegen wider den Willen des Testator zur Erbschaft gelangt, kann nicht onerirt werden. Uebrigens kann der Testator entweder einen oder mehrere oder alle Erben mit einem Legat oneriren. Sind dann Mehrere alternativ onerirt, so hat der Honorirte die Wahl, von welchem er das Vermächtniß fordern will; hat aber der Erblasser keinen speciell onerirt, so müssen sämmtliche Erben pro rata ihrer Portion contribuiren, wenn das Vermächtniß theilbar ist; sonst haften sie in solidum. — Fällt ein onerirter Erbe weg, so muß in der Regel der entweder durch Substitution oder jus accrescendi an seine Stelle Rückende das Vermächtniß über-

nehmen, es müßte sich denn der entgegenstehende Wille des Testator nachweisen lassen.

b) In der Quantität.

Caj. II, 224—228. *Ulp.* XXIV, 32. *Paul.* III, 8. *Inst.* II, 22. De lege Falcidia. *Dig.* XXXV, 2. Ad legem Falcid. 3. Si cui plus, quam per leg. Falc. licuer., legat. esse dicet.. *Cod.* VI, 50. Ad leg. Falc.. *Nov.* 1. c. 2.

§. 393.

Nachdem weder die lex Furia noch die lex Voconia der Ueberschwerung der Testamentserben mit Legaten und dem daraus folgenden Uebelstande, daß die deferirte Erbschaft nicht angetreten zu werden pflegte, abzuhelfen vermogt hatten, gelang Dieß der lex Falcidia v. J. 714 durch die Bestimmung, daß die Summe aller Legate nie drei Viertheile der Erbmasse übersteigen solle, daß also den Erben ein Viertheil frei bleiben müsse (sg. quarta Falcidia) und jede Gegenverordnung des Testator ungültig sey. Nachdem durch Interpretation diese Bestimmung dahin ausgedehnt war, daß nicht, wie es den Worten der lex Falcidia nach verstanden werden muß, alle Erben zusammen, sondern jeder für sich ¼ seines Erbtheils frei behalten solle, auch das SC. Pegasianum Fideicommisse den Legaten, Antonin aber die Intestaterben den Testamentserben gleichgestellt hatte, gestattete Justinian ganz gegen den Geist der l. Falcidia dem Testator, den Abzug der Quarta seinen Erben selbst stillschweigend zu verbieten. Legatare und Fideicommissare sind zum Abzuge nur so weit berechtigt, als ihnen vom Erben ein solcher gemacht ist. Dagegen findet kein Unterschied statt zwischen dem institutus und substitutus, indem Jeder von diesen seinen Theil zu einem Viertheil frei verlangen kann, wobei jedoch Derjenige, der, in doppelter Eigenschaft, z. B. als institutus und als substitutus, oder als institutus, dem eine andere Erbportion accrescirt, oder als zweimal zum Erben vom Testator Ernannter berufen ist, die mehreren Portionen in der Regel für eine einzige rechnen muß, jedoch zur Trennung berechtigt ist, wenn die ihm

durch pupillaris substitutio oder jus accrescendi anwachsende Portion allein überschwert ist. Bei der Berechnung der Quarta ist das Vermögen, wie es war zur Zeit des Todes, und nur die Größe der Verlassenschaft zu berücksichtigen, wie sie sich ergiebt nach Abzug der Schulden des Testator, des Werthes freigelassener Sclaven und der Leichen- und Verwaltungskosten; die Vermächtnisse müssen nach ihrem wahren Werthe, der Erbtheil des Erben nur nach seinem Betrag, ohne Einwerfung Dessen, was er unter Lebenden oder durch Singularsuccession auf den Todesfall vom Testator erhalten hat, berechnet werden, wobei jedoch Dasjenige mit in Anschlag kommt, was der Erbe als solcher, z. B. weil Legatare weggefallen sind, erhält. Der Abzug geschieht allen Legataren und Fideicommissaren pro rata. Hat jedoch der Erbe die Unterlassung des Abzugs versprochen, so kann er nicht abziehen, und hat er wissentlich oder aus Rechtsirrthum nicht abgezogen, so kann er nicht den Abzug nachholen. Sonst fällt das Recht des Abzugs weg, wenn und in soweit der Testator als miles testirt hatte, bei Legaten ad pias causas, wenn der Testator seiner Frau vermachte, was er ihr bei Lebzeiten angeschafft hatte, wenn der Testator den Abzug entweder schlechthin oder zu Gunsten einer Familie untersagt hat, und wenn der Erbe dem einen Legatar oder Fideicommissar wissentlich oder aus Rechtsirrthum den Abzug nicht gemacht hat, wodurch er nach Justinians Bestimmung das Recht auch gegen die übrigen verlieren soll. — Die den Erben zustehenden Rechtsmittel sind nach Art des speciellen Falles bald doli exceptio, bald Forderung von Caution, bald die indebiti condictio, bald sogar die rei vindicatio.

c) Sonstige Erfordernisse.

Caj. II, 229. sq. *Ulp.* I, 20. XXIV, 15. sq. XXV, 3. 5. 8. 9. *Paul.* III, 6. §. 2. 3. IV, 1. §. 5. 11. §. 34. Inst. de legat. (2. 20.). l. 24. cod. de testam. (6. 23.). *Dig.* XXXIV, 7. De regula Catoniana.

§. 394.

Die sonstigen Erfordernisse waren ehemals bei Legaten und Fideicommissen sehr verschieden. Durch die Gleichstellung beider

ist die größere Milde, welche bei Fideicommissen galt, auch auf die Legate übergegangen, und somit ist im neuesten Rechte die Sprache, die Wahl der Worte, die Stellung des Vermächtnisses vor oder hinter der Erbeseruennung gleichgültig. — Hinsichtlich der Zeit, in welcher das Vermächtniß gültig seyn muß, um erworben werden zu können, sieht man lediglich auf die Zeit der Testamentserrichtung, und das zu dieser Zeit ungültige Vermächtniß kann nach der regula Catoniana (Quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere) in der Folge nicht mehr durch sich selber gültig werden. Wird das Vermächtniß erst später ungültig, und hört diese Ungültigkeit zur Zeit, wo dasselbe erworben werden soll, wieder auf, so schadet Dieß dem Honorirten nicht. —

C) Von dem jus accrescendi bei Vermächtnissen.
Caj. II, 199. 205—208. 215. *Ulp.* XXIV, 12. 13. *Paul.* III, 6. §. 14. §. 8. Inst. de leg. (2. 20.). *Cod.* VI, 51. De caducis tollendis. l. 142. D. de V. S. (50. 16.). l. 89. D. de leg. III. (32.). l. 41. D. de leg. II. (31.).

§. 395.

Kann oder will ein Honorirter das ihm bestimmte Vermächtniß nicht erwerben, so bleibt es der Regel nach bei dem Onerirten. Jedoch findet unter Umständen auch bei Vermächtnissen ein jus accrescendi statt, indem des Testator wahrscheinlicher Wille geehrt wird. Hat er nämlich zwei oder mehrere Personen zur Concurrenz an einem bestimmten Vermächtnisse berufen, so wird es angesehen, als würde er Jeden zu dem ganzen Vermächtnisse berufen haben, wenn er nicht auch den Andern hätte bedenken wollen. Darum soll nun Derjenige, der durch die Concurrenz des Andern beschränkt war, im Falle Dieser wegfällt, ohne erworben zu haben *a*), in seine Stelle einrücken, und das Vermächtniß soll daher nicht in der Erb-

a) Ist das Vermächtniß schon erworben, so kann in der Regel nicht mehr von einem Anwachsen die Rede seyn. Nur beim Vermächtniß eines usufructus findet das Gegentheil statt. *Paul.* III, 6. §. 26 *Fragm. Vat.* §. 75—78. *Dig.* VII, 2. De usufructu adcrescendo.

schaft bleiben. Personen, die auf diese Weise in ein Vermächtniß concurriren, nennen die Römer conjuncti, und eine solche Conjunction betrachten sie als unter drei Formen möglich; sie unterscheiden nämlich: 1) *Re et verbis conjuncti*, d. h. solche, die zu gemeinschaftlicher Concurrenz an einem Vermächtnisse gerufen, und die entweder in einem Satze verbunden, oder mit einem Collectivnamen bezeichnet sind. 2) *Re conjuncti*, d. h. solche, die zu gemeinschaftlicher Concurrenz an einem Vermächtnisse gerufen sind, ohne daß sie in einem Satze verbunden bezeichnet wurden (daher auch disjuncti sc. verbis). 3) *Verbis conjuncti*, d. h. solche, die zur Concurrenz an einem Vermächtnisse zwar in demselben Satze, aber nach einem Theilungsverhältnisse berufen sind, welches für den Fall, daß sie concurriren, ausdrücklich bestimmt ist. — Finden sich im einzelnen Falle diese drei Arten der Conjunction vermischt, so haben die conjuncti in jeder der drei Formen ein Vorzugsrecht vor den übrigen Collegataren. Merkwürdig ist hier noch Justinians Bestimmung, daß für den re conjunctus das Anwachsen unvermeidlich ist, während der re et verbis conjunctus die Wahl hat, ob er den Anwachs annehmen will oder nicht.

D) Von der Substitution in Vermächtnisse.

L. 50. pr. D. de legat. II. (31.). l. 6. cod. de legat. (6. 37.). *Nov.* 159. c. 2. 3.

§. 396.

Will der Testator den Rückfall eines Vermächtnisses an den Erben, oder das Anwachsen desselben an Collegatare verhindern, so kann er dem Legatar und Fideicommissar hier eben so substituiren, wie bei der Erbschaft (§. 386). Nur ist es bei Vermächtnissen möglich, auch auf den Fall zu substituiren, daß der erste Honorirte erworben hat. Auf diese Möglichkeit der Substitution gründet sich denn auch das sg. Familienfideicommiß, d. h. das Vermächtniß, dessen Gegenstand, der dann eben sowohl eine ganze Erbschaft oder ein Bruchtheil derselben als auch eine einzelne Sache seyn kann, der Anordnung des Testator zufolge nach dem Tod eines Gliedes einer bestimmten

Familie an ein anderes derselben Familie fallen soll. Sind die Glieder der Familie, an welche das Vermächtniß successive fallen soll, näher bezeichnet, so bleibt es dabei; ist Dieß aber nicht geschehen, so fällt das Vermächtniß an diejenigen Personen, welche jedesmal die nächsten Intestaterben sind. Ist ein solches Vermächtniß viermal successive erworben worden, so soll es nach Justinians Verordnung erlöschen, wenigstens dann, wenn der vierte Erwerber dasselbe von einem impubes erhalten hat.

C) Von Prälegaten.

Caj. II, 216—223. *Ulp.* XXIV, 2. 6. 11. *Paul.* III, 6. §. 1. L. 17. §. 2. l. 18. l. 34. §. 11. 12. l. 67. §. 1. l. 87. 88. 116. §. 1. D. de legat. I. (30.). l. 12. cod. de legat. (6. 37.).

§. 397.

Der Testator kann nicht bloß dritten Personen, sondern auch den zu Erben Ernannten ein Vermächtniß zuwenden wollen (praeceptionis legatum s. praelegatum). Hat er in diesem Fall einen bestimmten Erben oder einen Legatar u. s. f. mit dem Vermächtniß onerirt, so gelten ganz die allgemeinen Regeln, und der mit dem Vermächtnisse Honorirte ist nun Legatar wie jeder Andere, gleichviel ob er die Erbschaft annimmt oder nicht. Natürlich kann aber die Annahme der Erbschaft zur Bedingung gemacht werden. Hat dagegen der Testator keinen Erben oder Legatar u. s. f. namentlich onerirt, so ruht das Vermächtniß auf der ganzen Erbschaft, und die Erben haben nach ihren Portionen zu contribuiren. Soweit jedoch der honorirte Erbe sich selber das Legat zu entrichten hätte, soweit ist das Legat ungültig (inutiliter relictum), und der Legatar behält es als Erbe, wovon dann die Folge ist, daß er diesen Theil des Legats in seinen Erbtheil mit einrechnen muß. — Hat indessen der mit dem Vermächtnisse honorirte Erbe Collegatare, so fällt nun das ihm inutiliter Legirte an diese jure accrescendi. Sind aber diese Collegatare zugleich Miterben, so steht das Vermächtniß im umgekehrten Verhältnisse zum Erbtheile; je größer dieser, desto kleiner das Vermächtniß. Hat der Prälegatar die Erbschaft ausgeschlagen, so tritt nun das gewöhnliche Verhältniß bei Vermächtnissen ein,

und er kann das Prälegat ganz in Anspruch nehmen, es müßte ihm denn der Testator die Annahme der Erbschaft zur Bedingung gemacht haben.

F) Vom Gegenstande des Vermächtnisses.

a) Eigenthum.

Caj. II, 197. 202. 203. 210—212. 220—222. 261. 262. *Ulp.* XXIV, 7—11. 14. XXV, 5. *Paul.* III, 6. §. 8. IV, 1. §. 7. 8. §. 4—7. 9—11. 22. 23. Inst. de legat. (2. 20.). §. 1. Inst. de singulis reb. per fideic. relictis. (2. 24.). *Dig.* XXXIII, 1. De annuis legat.. 5. De optione vel elect. leg.. 6. De tritico, vino vel oleo leg.. XXXIV, 1. De alimentis vel cibar. leg.. 2. De auro, argento etc. leg.. 5. De reb. dubiis.

§. 398.

Im neuesten römischen Rechte macht es einen bedeutenden Unterschied, ob einzelne Vermögensrechte, oder ob die ganze Erbschaft oder doch ein Bruchtheil derselben Gegenstand des Vermächtnisses sind. Im ersten Fall ist immer eine sg. Singularsuccession, im zweiten aber immer eine sg. Universalsuccession begründet. Was nun das Vermächtniß einzelner Vermögensrechte betrifft, so kann sowohl Besitz als Eigenthum, und ebenso können jura in re und Obligationen Gegenstand des Vermächtnisses seyn. Nur muß im Allgemeinen der Gegenstand desselben im Verkehre seyn, und dem Honorirten Nutzen verschaffen. Was insbesondere A) das **Eigenthum** betrifft, so können 1) auch fremde Sachen gültig legirt werden, nur muß der Testator bei der Errichtung des Vermächtnisses wissen, daß die Sache eine fremde ist, ausgenommen, wenn sie dem Erben gehört. Der Erbe muß die fremde Sache wo möglich anschaffen und ausliefern, sonst, und auch wenn der Preis übermäßig hoch gestellt wird, hat er den Werth an den Legatar zu entrichten. Befindet sich die Sache zur Zeit der Errichtung im Eigenthume des Legatars, so ist das Vermächtniß in der Regel ungültig, ausgenommen, wenn das Eigenthum durch in integrum restitutio später aufhört, oder das Vermächtniß unter der Bedingung, daß das Eigenthum später aufhöre, errichtet ist, oder wenn der Testator

oder ein Dritter Ansprüche an die Sache hat, wo dann jene durch das Vermächtniß wegfallen, diese aber vom Erben abgekauft werden müssen. Erwirbt der Legatar später das Eigenthum der vermachten Sache, so wird das Vermächtniß ungültig, wenn der Erwerb ex lucrativa causa statt gefunden hat (§. 243. III.); war Dieß nicht der Fall, so bleibt das Vermächtniß gültig, und der Legatar hat den Werth anzusprechen. 2) Auch zukünftige Sachen, wenn man nur ihre künftige Existenz hoffen kann, können vermacht werden. Hat die Sache zur Zeit der Errichtung existirt, und geht sie später unter, so wird das Legat ungültig, ausser wenn der Erbe den Untergang verschuldete. 3) Zuweilen ist das Eigenthum in der Art unbestimmt vermacht, daß eine Wahl zwischen mehreren Gegenständen getroffen werden muß. Hat der Testator die Wahl dem Legatar ausdrücklich gegeben (optio, electio legata), so kann er das Beste auswählen; hat der Testator dem Erben die Wahl überlassen, so darf dieser nicht das schlechteste Stück auswählen. Ist keines von Beiden geschehen, so liegt die Unbestimmtheit entweder darin, daß zwei Sachen derselben Art in der Erbmasse sich befinden, dann ist die geringere legirt; oder das Vermächtniß ist alternativ auf zwei Sachen gerichtet, dann hat der Legatar schlechthin die Wahl; oder es ist die Sache nur generell bestimmt, so wählt bald der Legatar, bald der Erbe, je nachdem sich Sachen aus diesem genus in der Masse vorfinden oder nicht; doch darf weder jener die beste, noch dieser die schlechteste wählen, und im letzten Fall ist das ganze Legat ungültig, wenn gar keine Bestimmtheit zu erlangen ist. 4) Auch Quantitäten können legirt seyn, gleichviel ob sie sich in der Masse befinden oder nicht. Sind diese dann als eine zu gewissen Zeiten wiederkehrende Rente vermacht, so wird der erste Bezug als ein unbedingtes Vermächtniß, die folgenden als getrennte und dadurch bedingte Legate angesehen, daß der Legatar den Anfang der Periode erleben muß (annuum legatum, annuus reditus leg., alimenta legata, cibaria legata).

b) Jura in re.

Ulp. XXIV, 26. 27. *Paul.* III, 6. §. 17—27. §. 4. Inst. de servitut. (2. 3.). *Dig.* XXXIII, 2. De usu, et usufr., et reditu, et habitat., et operis per legat. vel fideic. dat. 3. De servit. leg.

§. 399.

B) Andere dingliche Rechte als Eigenthum können entweder in der Art legirt werden, daß sie erst neu entstehen an Sachen der Erbschaft, oder daß schon bestehende an Sachen des Legatars aufhören. Was insbesondere den ususfructus betrifft, so gilt das Eigenthümliche, daß, wenn der Testator Einem die Sache, dem Andern den ususfructus legirt, der Erste mit dem Zweiten concurrirt. Hat der Testator unbestimmt auf Grundstücke der Masse Servituten gelegt, so gebührt nach neuestem Recht in der Regel dem Legatar die Wahl des Orts.

c) Obligationen.

Paul. III, 6. §. 10. 11. IV, 1. §. 1. §. 13—15. 21. Inst. de legat. (2. 20.). *Dig.* XXXIV, 3. De liberatione legata. XXXIII, 4. De dote praelegata (relegata).

§. 400.

C) Obligationen können den Gegenstand des Vermächtnisses bilden entweder als schon existirend, oder als noch nicht existirend. 1) In jenem Fall ist das Vermächtniß entweder ein nomen legatum, oder eine liberatio legata, oder ein sg. debitum legatum. a) Das *nomen legatum*, d. h. das Vermächtniß einer Obligation, in welcher der Testator Creditor, und ein Anderer als der Legatar Debitor ist, giebt dem Legatar das Recht, von dem Erben Cession der Klagen zu fordern, oder diese geradezu als utiles actiones anzustellen. Existirt die vermachte Obligation nicht, so braucht der Erbe selbst dann den Werth nicht zu prästiren, wenn die Summe vom Testator genannt ist. Hat der Testator nach Errichtung des Vermächtnisses die Obligation aufgelöst, so muß der Legatar erweisen, daß der Testator ihm den Werth der Obligation zugewandt wissen wollte. Wird der Debitor insolvent, so haftet der Erbe für Nichts.

Uebrigens ist hinsichtlich der lex Falcidia nur das zu berechnen, was der Legatar wirklich erhält. b) Die *liberatio legata*, d. h. das Vermächtniß einer Obligation, in welcher der Legatar Debitor ist, kann auch stillschweigend errichtet werden, z. B. durch Vermächtniß des Schuldscheines an den Schuldner. Hat die Schuld nie bestanden, so ist das Legat ungültig *a*), ebenso wenn der Testator später die Obligation auflös'te, nicht aber wenn der Legatar nach dem Tode des Testator die Obligation, ohne das Legat zu kennen, erfüllt hat, indem ihm dann die indebiti condictio zusteht. Ob der Testator oder der Erbe Creditor sey, ist gleichgültig. Hinsichtlich der lex Falcidia wird das Vermächtniß nach dem Werthe der Obligation angeschlagen, wenn gleich der Schuldner ganz oder theilweise insolvent seyn sollte. c) Das sg. *legatum debiti*, oder das Vermächtniß Dessen, was der Legatar aus einer Obligation zu fordern hat, ist nur dann ein gültiges Vermächtniß, wenn es dem Legatar Nutzen bringt. Hinsichtlich der lex Falcidia wird nur dieser Vortheil angeschlagen. Findet kein debitum statt, so ist das Legat nur gültig, wenn der Testator eine bestimmte Summe genannt, und sich selbst als Schuldner bezeichnet hat. Eine Art dieses Vermächtnisses ist die dos relegata, d. h. das Vermächtniß Dessen, was die Frau nach Trennung der Ehe mit dem Testator als dos zurückzufordern hat. 2) Durch Vermächtniß kann auch eine Obligation erzeugt werden, indem dann der Erbe Schuldner des Legatars wird. Ebenso kann dem Erben die Bestellung einer dos auferlegt werden, in welchem Falle das Vermächtniß durch die Eingehung der Ehe bedingt ist. Honorirt ist hier sowohl die Frau als der Mann.

---

a) Nur dann kann eine Ausnahme stattfinden, wenn der Testator ein bestimmtes Object der Schuld genannt hatte.

b) Universitas.

AA) Uebersicht.

Ulp. XXIV, 25. *Dig*. XXXIII, 7. De instructo vel instrumento leg.. 8. De peculio leg.. 9. De penu leg.. 10. De suppellectile leg..

§. 401.

Ob mehrere Gegenstände als einzelne oder als Ganzes zusammen vermacht werden, ist für die juristische Beurtheilung an sich gleichgültig (§. 106). Es kommt vielmehr immer auf die dem Legat zum Grunde liegende Absicht des Testator an. Es giebt daher kein für sich bestehendes Vermächtniß einer sg. universitas facti. Dagegen ist es eine wichtige Frage, inwiefern eine sg. universitas juris Gegenstand des Vermächtnisses seyn könne. Im ältern Rechte war mit keinem Vermächtnisse, dessen Gegenstand eine universitas war, gleichviel ob das Vermächtniß in Form eines Legats oder in Form eines Fideicommisses errichtet wurde, eine per universitatem successio begründet; vielmehr fand hier überall nur sg. Singularsuccession statt. Seit dem SC. Trebellianum dagegen wurde mit dem Fideicommiß der ganzen Erbschaft oder eines Bruchtheils derselben, aber auch nur mit diesem, eine Universalsuccession verbunden. So lange aber legatum und fideicommissum nach verschiedenen Grundsätzen behandelt wurden, konnte durch Legat niemals dem Erben die Herausgabe der ganzen Erbschaft auferlegt werden. Aber ein Theil derselben konnte legirt werden, wodurch jedoch immer wieder nur eine Singularsuccession begründet wurde. Dieser Theil konnte jedoch verschieden bestimmt werden; namentlich konnte 1) der usus fructus omnium bonorum Gegenstand des Legats seyn. 2) Es konnte eine dem Testator zugefallene Erbschaft als ein Ganzes Gegenstand des Legats seyn, ebenso die dos, welche der Mann der Frau relegirt; hier lag daher der Ausscheidung des Legats eine bloß gedachte Theilung der Erbschaft zum Grunde, und das Legat konnte nur eine Singularsuccession begründen. Ebenso verhielt es sich 3) bei dem peculium legatum, d. h. dem Legat eines sg. peculium pro-

fectitium an den Sclaven, den Sohn oder einen Dritten, wobei nur eine Abkürzung der Rede statt der Beschreibung aller Gegenstände, welche zu dem peculium gehörten, angenommen ward, weßhalb der Legatar niemals als Universalsuccessor betrachtet wurde. Ebenso verhielt es sich endlich 4) bei der partitio legata, d. h. dem Legat, durch welches dem Erben die Herausgabe eines Bruchtheiles der Erbschaft auferlegt war, wobei nur der Werth des Bruchtheiles vom Legatar gefordert werden konnte. Alle Besonderheiten aber, welche diese Legate den Fideicommissen gegenüber, und welche insbesondere das legatum partitionis hatte, fallen durch Justinians Gleichstellung beider Vermächtnisse weg *a*), indem nun zunächst nur der Wille des Testator entscheidet, ob er durch ein solches Vermächtniß eine Universalsuccession begründen will oder nicht, und namentlich muß das legatum partitionis durchweg als fideicommissaria hereditas behandelt werden, weßhalb nun bloß die Natur dieser letzteren zu erörtern ist. —

BB) Insbesondere fideicommissaria hereditas.
Caj. II, 247. sq. *Ulp.* XXV, 14—16. *Paul.* IV, 2. §. 3. *Inst.* II, 23. De fideicommissariis hereditatib., (et ad SC. Trebellianum).

aa) Einleitung und Begriff.
Dig. XXXVI, 1. *Cod.* VI, 49. Ad SC. Trebellianum.

§. 402.

Das sg. Universalfideicommiß (fideicommissum hereditatis, fideicommissaria hereditas) ist die Auflage an den Erben, die ganze Erbschaft oder einen Theil derselben an einen Dritten herauszugeben. Im letzten Falle kann der Theil auf verschiedene Weise bestimmt seyn, sowohl durch Zahlenverhältniß als factisch, z. B. dadurch, daß der Testator die Erbschaft des Erben, oder gar eines Dritten, den der Erbe beerbt hat, oder ein peculium u. s. f. zum Gegenstande des Fideicommisses macht. Die Errichtung kann unter gewissen Umständen vermuthet werden, und braucht nicht förmlich ausgesprochen zu

a) Dieß beweis't besonders auch *Theophilus* II, 23. §. 5.

seyn, indem lediglich der Wille des Testator entscheidet. Bedingungen und Zeitbestimmungen aller Art sind möglich, und erstere werden zuweilen subintelligirt. Onerirt kann sowohl der Erbe werden als der sg. Universalfideicommissar, sowohl der Intestat- als der Testamentserbe. Im alten Rechte war viel weniger erforderlich, um mit diesem Fideicommiß honorirt werden zu können, als zur Erbeseinsetzung, und wiewohl im neuern Rechte die fideicommissaria hereditas der Erbeseinsetzung auch in dieser Beziehung sehr nahe gebracht ist, so wird sie doch noch milder behandelt. Bis zum SC. Trebellianum war der Fideicommissor immer nur Singularsuccessor; durch dieses aber wurde bestimmt, er solle nach der Herausgabe des ihm vermachten Theils der Erbschaft, und so weit dieser reicht, als sg. Universalsuccessor behandelt werden, und im Verhältnisse zum Fiduciar wie ein Miterbe. Das SC. Pegasianum wandte die Bestimmungen der lex Falcidia auf das Universalfideicommiß an, und zwar in der Art, daß der Erbe, wenn er nach Abzug der Legate und Fideicommisse ein Viertheil behalte, die Erbschaft fernerhin nach der Bestimmung des SC. Trebellianum herausgeben solle, wenn aber Dieß nicht der Fall sey, daß er das Viertheil abziehen dürfe, und nun die Universalsuccession des Fideicommissars wegfallen solle, indem dieser nur den Werth des Fideicommisses, soweit es ihm nach Abzug der quarta gebühre, fordern könne. Deßhalb soll nun aber auch der Fideicommissar den Erben zur Antretung zwingen dürfen, und im Falle dieser Zwang eintrete, für jenen eine Universalsuccession begründet seyn, als ob ihm die Erbschaft aus dem SC. Trebellianum herausgegeben wäre. Justinian verband die Bestimmungen beider Senatusconsulte in der Art mit einander, daß nun auch die Herausgabe der Erbschaft an den Fideicommissar, selbst wenn der Erbe die quarta abgezogen hat, immer eine Universalsuccession begründet, und der Zwang zur Antretung, so wie der Abzug der Quarta fernerhin möglich ist. Deßhalb wurden die Bestimungen des SC. Pegasianum ganz überflüssig, und überall ist im Corpus juris dieses SC. in das Trebellianum verwandelt. Daher nennt

man jetzt auch die dem Erben gebührende Quarta nicht pegasiana, sondern trebellianica.

bb) Von der Herausgabe der fideicommissaria hereditas.

Nov. 108.

§. 403.

Die Herausgabe der Erbschaft an den Fideicommissar ist 1) an keine Form gebunden, und darum auch auf beiden Seiten durch Repräsentanten möglich. Die Verpflichtung dazu geht auch auf die Erben des Fiduciar über. 2) Ueber die Zeit der Herausgabe entscheidet zunächst der Wille des Testator, und ist dieser nicht ausgesprochen, so muß die Herausgabe sogleich erfolgen; ist die Zeit in die Willkühr des Erben gestellt, erst nach dessen Tode. 3) Object der Herausgabe ist der Gegenstand des Fideicommisses. Zu diesem werden a) auch alle Erweiterungen der Erbschaft gerechnet, welche diese vor der Antretung erhält. Hinsichtlich der nach der Antretung hinzukommenden Vermehrungen muß man unterscheiden, aus welchem Grunde die Herausgabe nicht sogleich nach der Antretung der Erbschaft erfolgte; ist diese eine mora des Fiduciar, so vermehren alle Erweiterungen der Erbschaft den Gegenstand des Fideicommisses pro rata; begründete dagegen der Wille des Testator oder eine mora des Fideicommissar die spätere Herausgabe, so werden die Früchte vom Erben immer lucrirt; andere Accessionen erweitern den Gegenstand des Fideicommisses. Indessen ist der Testator bei der Errichtung an diese Regeln durchaus nicht gebunden. Was b) der Fiduciar nicht als Erbe erhält, braucht er nicht herauszugeben, wenn der Wille des Testator nichts Anderes bestimmt hat, also weder was er als Preis einer erfüllten Bedingung von Dritten, noch was er als Legat oder Fideicommiß erhält; dagegen ist er zur Herausgabe Dessen verpflichtet, was er als Prälegat sich selber auszuzahlen hätte. 4) Wegen der künftigen Herausgabe haftet der Erbe für omnis culpa und custodia; jedoch wird er frei von dem Ersatze, wenn er beweis't, daß er in seinen Angelegenheiten gewöhnlich nicht mehr Sorgfalt anzuwenden pflege, als

er auf die zu restituirende Erbschaft angewandt habe. Für den casus haftet er nicht, und eine eigenmächtige Veräusserung kann seiner Zeit der Fideicommissar in der Regel als ungültig anfechten. Die wichtigste Ausnahme hievon gründet sich nach der Bestimmung Justinians darauf, daß der Erbe nach dem Willen des Testator nur das bei seinem Tode noch Uebrige restituiren solle, in welchem Falle derselbe über 3/4 der Erbschaft frei verfügen kann, und nur das letzte Viertheil in der Regel nicht angreifen soll; weßhalb auch der Fideicommissar an dem ganzen Erbtheile des Fiduciar ein gesetzliches Pfandrecht hat.

cc) Von dem Abzuge der Quarta.

§. 404.

Zu dem Abzuge berechtigt ist der mit dem Fideicommiß onerirte Erbe, aber auch nur dieser. Nur dann ist auch der Fideicommissar, dem eine weitere Herausgabe auferlegt ist, zum Abzuge pro rata berechtigt, wenn der Erbe, von dem er die fideicommissaria hereditas zu erhalten hat, zum Abzug im concreten Falle berechtigt ist, wo es übrigens gleichgültig ist, ob Letzterer den Abzug wirklich macht oder nicht. Hat der Erblasser den Abzug der Quarta verboten, was nicht nur überhaupt stillschweigend geschehen kann, sondern eben deßhalb auch schon in der Auflage, die ganze Erbschaft herauszugeben liegt, so findet ein Abzug nicht statt. Ueber die Frage, was von Seiten des Erben in die Quarta einzurechnen sey, gelten dieselben Grundsätze, welche oben über die Einrechnung bei Legaten angegeben sind. Was er als Erbe erhält oder behält, muß er einrechnen, alles Andre nicht. Ebenso fällt das Recht auf den Abzug weg, wo Dieß bei Legaten der Fall ist (§. 393).

dd) Erzwungene Antretung der Erbschaft.

§. 405.

Die Antretung der Erbschaft durch den Erben kann vom Fideicommissar erzwungen werden, und gegen diesen Zwang schützt den Erben der Einwand nicht, daß das Testament un-

gültig oder die Verlassenschaft insolvent sey. Jedoch ist eine solche erzwungene Antretung bloß Form, welche dem Erben hinsichtlich seines eigenen Vermögens weder Vortheil noch Nachtheil bringt. Die Folge besteht darin, daß der Erbe nun Alles restituiren muß, was er als Erbe, oder soweit er Prälegate an sich selber entrichten müßte, erhalten hat, ohne eine Quarta abziehen zu dürfen. Eine zu seinem Vortheil hinzugefügte Bedingung oder Zeitbestimmung schiebt die Restitution nicht hinaus. Nur was er als Preis einer erfüllten Bedingung, und was er nicht als Erbe des Testator erhalten hat, braucht er nicht zu restituiren. Der Fideicommissar trägt die Unkosten der Antretung und den durch dieselbe erlittenen Schaden, und repräsentirt nun sowohl seine eigene als die Person des Erben.

ee) Wirkungen des Universalfideicommisses.

§. 406.

Vor der Restitution der Erbschaft steht der Fideicommissar in gar keinem Verhältnisse zur Erbschaft, indem er nur wie der Legatar ein persönliches Recht gegen den Erben auf Herausgabe seines Antheiles hat, der Erbe dagegen allein den Testator repräsentirt. Auch nach geschehener Herausgabe heißt der Fiduciar immer noch heres, selbst hinsichtlich des restituirten Theils; jedoch ist er es factisch nicht mehr, weßhalb alle Rechtsverhältnisse wieder aufleben, welche durch die Antretung untergegangen waren. Der Fideicommissar dagegen heißt zwar nicht heres, ist aber doch heredis loco, weßhalb er im Verhältnisse zum heres wie ein coheres behandelt wird, und darum demselben alle Lasten abnehmen muß, die dieser wegen des restituirten Theiles gehabt hat, und selbst bei der Restitution hiefür Caution zu bestellen vom Erben angehalten werden kann. Die Klagen aus der Erbschaft sind für und gegen den Fideicommissar utiles actiones. Die erst nach dem Tode des Testator entstandenen Klagen muß der Erbe dem Fideicommissar pro rata cediren, und hinsichtlich der Vermächtnisse sind Beide pro rata onerirt, an

welchem Verhältnisse sich selbst dann nach Justinians Bestimmung, daß das SC. Pegasianum als in dem Trebellianum enthalten angesehen werden solle, nichts ändert, wenn die Bestimmung der lex Falcidia zur Anwendung gebracht wird, indem der Erbe dem Fideicommissar die Lasten pro rata der Restitution abgiebt, ohne daß dieser Mehr abziehen kann, als was der Erbe ihm abzuziehen berechtigt ist. Nur wenn der Erbe von der Erbschaft, weil er sich zur Antretung zwingen ließ, ganz abtritt, hat der Fideicommissar das Recht des Abzugs, aber auch nur so weit, als der dem Erben nach Inhalt des Testaments gebührende Theil reicht.

b) Von der Hinterlassung der Freiheit.

Caj. I, 17. 42—46. II, 228. 230. 239. 263—267. 272. *Ulp.* I, 9. 12. 20—25. II. XXV, 18. *Paul.* IV, 12. §. 4. IV, 13. 14. *Inst.* I, 7. De lege Fusia Caninia tollenda. §. 2. Inst. de singulis reb. per fideic. rel.. (2. 24.). l. 33. 34. D. ad leg. Falc. (35. 2.).

§. 407.

Auch die Freiheit konnte schon nach älterem Rechte im Testament gegeben werden. Der Sclave wurde ipso jure frei und hieß orcinus libertus; seine Freilassung mußte direct im Testament ausgesprochen werden, und der Erbe wurde nicht Patron desselben. Uebrigens kann die Freilassung dem Erben oder Singularsuccessor, welche dadurch Patronatrecht erwerben, auch durch Fideicommiß auferlegt werden. Auch fremde Sclaven können auf diese Weise die Freiheit erhalten; der Onerirte muß sie kaufen, und dann freilassen. Eine Klage ist bei diesem Fideicommiß nicht begründet, indem der Prätor extra ordinem verfährt. Wie der Werth manumittirter Sclaven in die quarta des Erben nicht eingerechnet wird, so kann auch dieselbe hievon nicht abgezogen werden.

c) Nebenbestimmungen, welche auf den Inhalt des Testaments Einfluß haben.

Dig. XXXV, 1. De conditionib. et demonstrationib. et causis et modis eor. quae in test. scribunt..

A) Conditio.

Caj. II, 144-172. 200. 244. 250. III, 98. *Ulp.* II. XXIV, 23. *Paul.* III, 4[b]. §. 1—2. 5. §. 9—11. Inst. de hered. inst. (2. 14.). §. 2. Inst. quib. mod. test. infirm. (2. 17.). §. 32. Inst. de legat. (2. 20.). §. 2. Inst. de fideicomm. hered. (2. 23.). *Dig.* XXVIII, 7. De condit. institut.. *Cod.* VI, 25. De instit. et substit. et test. sub conditione fact.. 40. De indicta viduitate etc. 46. De conditionib. insert. tam. legat., quam fideic. et libertatib.. *Nov.* 22. c. 43. 44.

§. 408.

Durch Bedingungen kann jeder Inhalt des Testaments modificirt werden; nur müssen sie wahre Bedingungen seyn, also nicht solche, welche sich von selbst verstehen, indem diese zu den Erfordernissen für den Inhalt gehören, und daher, wenn sie noch besonders ausgedrückt werden, keine Modificationen erzeugen. Dagegen kann eine nicht hinzugefügte Bedingung subintelligirt werden, wenn Dieß der Wille des Testator fordert, wogegen eine ausser dem Willen des Testator beigefügte Bedingung nicht beachtet wird. Eine gegen den Willen des Testator nicht hinzugefügte Bedingung macht wenigstens die Erbeseinsetzung ungültig. Erklärt der Testator, künftig Bedingungen dem Inhalte des Testaments beifügen zu wollen, und geschieht Dieß nicht, so wird eine Aenderung des Willens präsumirt. Ist dieselbe Person zu dem nämlichen Theile der Erbschaft das eine Mal bedingt und das andere Mal unbedingt gerufen, so geht die unbedingte Einsetzung ohne Rücksicht, ob sie die frühere oder spätere ist, der bedingten vor. Ist dieselbe Person unter verschiedenen Bedingungen mehrmals zu demselben Theile der Erbschaft gerufen, so werden die Bedingungen als alternativ gesetzt angesehen. Bei andern Dispositionen als Erbeseinsetzungen gilt immer die zuletzt getroffene. Was nun I. die Zulässigkeit der Bedingungen betrifft, so sind für alle Dispositionen die suspensiven, die resolutiven dagegen nur nicht

für Erbeseinsetzungen zulässig. Aber auch die an sich zulässigen Bedingungen dürfen nicht physisch oder, wenn sie affirmativ sind, moralisch unmöglich und nicht besonders verboten *a*) seyn. Solche Bedingungen machen jedoch die Disposition selbst nicht ungültig, sondern werden nur als nicht hinzugefügt angesehen. Nur die ungereimten und captatorischen Bedingungen machen die Disposition selber ungültig. Was II. die Wirkung der Bedingungen betrifft, so müssen sie, damit dem Honorirten deferirt sey, A) in Erfüllung gehen. Diese Erfüllung muß der Honorirte 1) nothwendig erleben, und 2), wenn sie in seiner Willkühr steht, sobald möglich nach dem Tode des Testator wirklich machen, sie daher auch wiederholen, wenn der Testator bei Errichtung der Disposition wußte, daß die Bedingung damals schon erfüllt war. 3) Nur dann steht die nicht erfüllte Bedingung der erfüllten an Wirkung gleich, wenn a) Derjenige, zu dessen Vortheil die Bedingung beigefügt ist, ihre Erfüllung hindert; b) wenn der Dritte, dessen Mitwirkung zur Erfüllung nothwendig ist, jene verweigert, und c) wenn die an sich mögliche Bedingung später unmöglich wird. 4) Die Erfüllung einer negativen Potestativbedingung wird nicht eher als wirklich angenommen, als bis die Unmöglichkeit der Handlung offenbar ist. Da hiedurch der Anfall bei Lebzeiten des Honorirten selbst ganz unmöglich werden kann, so ist die Bedingung bei einem heres ex asse in der Regel als nicht hinzugefügt zu betrachten; hat aber der Erbe Miterben, so kann er erwerben, wenn er Caution stellt, daß er, im Falle einer künftigen Ueberschreitung der Bedingung seinen Erbtheil zurückgeben wolle (Muciana cautio). Ein Legatar wird zu dieser Caution in der Regel nur zuge-

a) Zu den besonders verbotenen gehört z. B. die conditio jurisjurandi und die Bedingung der Ehescheidung, nicht mehr aber, wenn zur Strafe des Honorirten einem Andern etwas zugewandt wird (poenae nomine relicta). *Caj.* II, 235—237. 288. *Ulp.* XXIV, 17. XXV, 13. §. 36. Inst. de legat. (2. 20.). *Dig.* XXXIV, 6. De his quae poenae nomine relinq. *Cod.* VI, 41. De his quae poenae nom. in testam. vel codic. relinq.

lassen, wenn es gewiß ist, daß er sein ganzes Leben hindurch die Bedingung überschreiten könne. B) Die Wirkung der erfüllten Bedingung ist 1) bei der Erbeseinsetzung, daß sie retrotrahirt, d. h. daß die Bedingung als im Augenblicke des Todes des Testator erfüllt angesehen wird. 2) Bei allen andern Dispositionen wirkt die Erfüllung, wenn der Testator nichts Anderes bestimmt hat (praeposterum), erst vom Augenblick ihres Wirklichwerdens an, und kann daher nicht zurückgezogen werden. —

B) Andere Nebenbestimmungen.

Caj. II, 238. *Ulp.* XXIV, 18. 19. *Paul.* III, 6. §. 5. 6. IV, 1. §. 12. §. 9. Inst. de hered. inst. (2. 14.). §. 25. 30. 31. Inst. de legat. (2. 20.). l. 34. D. de hered. inst. (28. 5.). l. 26. cod. de legat. (6. 37.). *Cod.* VI, 44. De falsa causa adjecta leg. vel fideic.. 45. De his quae sub modo leg., vel fideic. relinq..

§. 409.

Was hier I. die Zeitbestimmungen betrifft, so können dadurch, wenn man den dies incertus als Bedingung betrachtet, alle Arten von Dispositionen modificirt werden, mit Ausnahme der Erbeseinsetzung, bei welcher sie als nicht hinzugefügt anzusehen sind. II. Zweckbestimmungen können mit jedem Inhalte des Testaments verbunden werden; und ebenso kann III. der Testator bei jeder Disposition den Grund angeben, warum er eine Person honorirt. Eine falsche causa bewirkt nur dann Ungültigkeit der Disposition, wenn der Testator erweißlich sich geirrt oder die causa als conditio gefaßt hatte. Endlich kann der Testator IV. sowohl die Personen als die Gegenstände durch *demonstratio* bezeichnen, und eine falsche demonstratio schadet nicht, wenn der Wille des Testator klar ist. Jedoch ist die Erbeseinsetzung ungültig, wenn der Testator eine andere Person, als er meinte, oder wenn er sich selber falsch nannte; und liegt in der demonstratio eine Beschimpfung des Honorirten, so ist die Disposition ungültig. Wenn hingegen die Eigenschaft, durch welche der Testator demonstriren wollte, späterhin weggefallen ist, so hat Dieß keinen Einfluß auf die Gültigkeit der Disposition.

3. Form des Testaments.

Einleitung.

Caj. II, 101—104. *Ulp.* XX, 1. 2. 9. Hugo R. G. S. 244 ff. 556 ff. 932. 1125. Schweppe R. G. §. 447. 448. 477.

§. 410.

Schon frühe hatten die Römer zweierlei Formen des Testaments, eine öffentliche ausser und in dem Krieg (calatis comitiis — in pace und in procinctu) und eine Privatform per aes et libram, an deren Stelle allmälich das mildere prätorische Testament trat, welches die Grundlage des Privattestaments (§. 412), wie es im neuesten römischen Rechte vorkommt, bildet. Nach diesem kann man gleichfalls ein Testament auf doppelte Weise errichten (facere, ordinare, publicare), nämlich unter öffentlicher Auctorität (das sg. testamentum publicum) und unter bloßer Privatauctorität (das sg. testamentum privatum). Bei dem letztern kommen regelmäßig gewisse Formalitäten vor (testamentum privatum solenne), welche aber zuweilen vermehrt werden müssen, zuweilen vermindert werden können (privilegirte Testamente).

a) Sg. testamentum publicum.

L. 19. cod. h. t. (6. 23.).

§. 411.

Die Form des öffentlichen Testaments besteht darin, daß der Testator vor der Curie seiner Stadt, oder dem praeses provinciae, oder auch vor dem Regenten seinen letzten Willen mündlich erklärt, welche Erklärung zu Protokoll genommen und auf diese Weise aufbewahrt wird. Bei den Römern heißt ein solches Testament: *actis judicis vel municipum publicatum* (sg. test. actis magistratus insinuatum). Unter dem Ausdrucke: testamentum principi oblatum versteht man jetzt wohl etwas Anderes, als was die Römer darunter verstanden haben würden. —

b) Sg. testamentum privatum.

A) Ordentliche Form.

Caj. II, 105–108. *Ulp.* XX, 3–8. *Paul.* III, 4ª. §. 10. 12. 13. III, 6. §. 14. 15. *Fragm. Modestini* (§. 49. Nr. 8.). *Inst.* II, 10. De testam. ordinand. *Dig.* XXVIII, 1. Qui test. fac. poss. et quemadm. test. fiant. XXXVII, 11. De B. P. s. t. *Cod.* VI, 23. De testam. et quemadm. test. ordin. VI, 11. De B. P. s. t. *Nov.* 119. c. 9.

§. 412.

Das ordentliche Privattestament (sg. testamentum privatum solenne) wird entweder schriftlich oder mündlich errichtet. A) In beiden Fällen sind sieben Zeugen nothwendig; diese müssen 1) fähig seyn, wobei jedoch nur auf den Augenblick der Errichtung des Testaments gesehen wird. Zur Fähigkeit gehört, daß sie testamenti factio haben, männlichen Geschlechts und zwar mündig, nicht wahnsinnig, taub, stumm, nicht erklärte Verschwender, und nicht lege intestabiles sind. Der Erbe und der mit ihm oder dem Testator durch väterliche Gewalt Verbundene, nicht aber Legatare und Fideicommissare sind unfähig, Zeugen zu seyn. 2) Die fähigen Zeugen müssen freiwillig und nicht zufällig, sondern besonders zur Errichtung des Testaments eingeladen (specialiter rogati) und zugleich versammelt seyn. Sowohl beim schriftlichen als mündlichen Testament ist 3) Einheit des Orts, des Tags, der Zeit und der Handlung nothwendig (unitas actus). Gewisse, durch körperliche Verhältnisse beim Testator und den Zeugen herbeigeführte nothwendige Unterbrechungen schaden jedoch nicht. Die besondern Erfordernisse B) des schriftlichen Testaments sind: der Testator muß das Testament entweder ganz selbst schreiben (holographum), oder es in Gegenwart der Zeugen unterschreiben. Wenn er es dictirt, so darf schon nach dem SC. Libonianum Niemand mit eigner Hand sich etwas zuschreiben (sibi aliquid adscribere); wer sich hiegegen verfehlt, erhält nicht nur Nichts aus dem Testament, sondern verfällt auch in die Strafe der lex Cornelia de falsis. Die Zeugen dürfen nicht blind seyn, da sie das Testament in Gegenwart des

Testator, welcher sie muß sehen können, zu unterschreiben und zu besiegeln haben (subscribere *et* signare). Doch kann, da die Zeugen den Inhalt des Testaments nicht zu kennen brauchen, Dieß auch auf der Aussenseite des verschlossenen Testaments geschehen (superscriptio *et* signatio). Beim Siegeln können sich die Zeugen eines beliebigen Siegels bedienen, selbst des dem Testator zugehörenden. Auch kann die Urkunde doppelt ausgefertigt werden. Die besondern Erfordernisse C) des mündlichen Testaments (sine scriptura per nuncupationem) sind, daß der Testator vor den Zeugen, nachdem er erklärt hat, daß jetzt der Act des Testirens anfange, seinen Willen klar und deutlich ausspreche, wobei es gleichgültig ist, ob er ihn ablies't oder auswendig hersagt, ob die Zeugen ihn aufschreiben oder nicht.

B) Ausserordentliche Form.

a) Mit erweiterten Formalitäten.

L. 21. pr. cod. de testament. (6. 23.). §. 4. Inst. quib. non est permiss. (2. 12.). l. 8. cod. qui testam. fac. poss. (6. 22.).

§. 413.

Erweiterte Formalitäten sind nothwendig 1) beim schriftlichen Testament (aber auch nur bei diesem), wenn der Testator des Schreibens unkundig oder zu schreiben verhindert ist, indem dann ein achter Zeuge, der für ihn unterschreibt, nothwendig ist. 2) Bei dem, seinem Wesen nach immer mündlichen, Testament des Blinden, indem dieser ausser den sieben Zeugen entweder noch einen tabellarius, oder, wenn ein solcher nicht zu haben ist, einen achten Zeugen zuziehen muß. Der Testator muß den Erben nennen und genau bezeichnen, sich das Testament, wenn es vorher aufgeschrieben ist, vorlesen lassen und es genehmigen; sodann haben es die Zeugen, und zwar am Ende der Urkunde, zu unterschreiben und zu untersiegeln. Doch kann auch der Testator seinen Willen bloß mündlich erklären; dieser ist dann niederzuschreiben, und die Schrift muß von dem tabellarius und den Zeugen unterschrieben und untersiegelt werden.

b) Mit verminderten Formalitäten.

AA) Testamentum militis.

Caj. II, 109. 110. 114. *Ulp.* XXIII, 10. *Inst.* II, 11. De militari testam.. *Dig.* XXIX, 1. De test. militis. XXXVII. 13. De bon. poss. ex test. milit.. *Cod.* VI, 21. De test. mil..

§. 414.

Am Meisten privilegirt ist das testamentum militis, indem nach römischem Rechte dazu nichts gehört, als der auf irgend eine Weise ausgesprochene Wille, insofern derselbe als Testament erwiesen werden kann. Auf diese Weise kann testiren: 1) der wirklich im Felde stehende Soldat; sein Testament gilt unbedingt, wenn er als Soldat stirbt, und ein Jahr lang nach dem, nicht entehrenden, Abschiede. Hat er vorher, ehe er inscribirt ist, auf andere Weise testirt, so kann er durch bloße Willensäusserung diesem Testament alle Eigenschaften des testamentum militis geben. 2) Bei der Flotte die navarchi und trierarchi, die remiges und nautae wie die vigiles, welche alle als milites betrachtet werden. 3) Auch andre Personen, wenn sie sich während eines Kriegs in Feindesland befinden und dort umkommen.

BB) Andere privilegirte Testamente.

L. 8. l. 31. l. 21. §. 1. cod. h. t. (6. 23.). l. 26. cod. familiae erciscundae (3. 36.). *Nov.* 107.

§. 415.

Hierher gehört: 1) das zur Zeit einer ansteckenden Krankheit errichtete Testament, für welches die sonst nothwendige Einheit der Handlung nachgelassen ist. 2) Das auf dem Lande errichtete Testament, indem hiebei im Nothfalle, welcher aber zu erweisen ist, fünf Zeugen genügen, welche, wenn das Testament schriftlich errichtet werden soll, immer mit dem Inhalte desselben genau bekannt zu machen sind, damit sie in Zukunft ihn eidlich erhärten können. Können Einige der Zeugen nicht schreiben, so sollen die Schreibkundigen für sie und in ihrer Gegenwart unterschreiben; können sie Alle nicht schreiben, so braucht das Testament nur vom Testator

unterschrieben zu werden. Indessen müssen die Ortsgewohnheiten bei einem solchen Testament genau beobachtet werden, was zu erweisen ist, indem nur unter dieser Voraussetzung das Testament privilegirt ist. 3) Das Testament der Ascendenten unter Kindern. Nach Justinian soll ein solches Testament unter Zuziehung von Zeugen schriftlich errichtet werden können; nur muß der Ascendent die Namen der Kinder und die Qualität, durch welche er sie bezeichnet, das Datum, die Bruchtheile, und diese nicht mit Zahlen, eigenhändig schreiben. Will er andere Personen in dem Testament bedenken, so muß er die Vermächtnisse ebenfalls eigenhändig schreiben und Zeugen zuziehen, also wohl fünf (§. 418). Soll ein solches Testament wieder aufgehoben werden, so muß es durch ein ordentliches geschehen.

D. Von den Codicillen.

Caj. II, 270. 273. *Ulp.* XXV, 8. 11. *Paul.* IV, 1. §. 10. *Inst.* II, 25. De codicillis. *Dig.* XXIX, 7. De jure codicill. *Cod.* VI, 36. De codicill..

Einleitung.

§. 416.

Ursprünglich war Codicill (codicilli, codicillus) nichts Anderes als ein Brief des Testator an seinen Erben, in welchem er diesen mit einem Fideicommiß onerirte. Späterhin ward diese Art, Fideicommisse zu hinterlassen, auch bei der Intestaterbfolge gebräuchlich. Nachdem die Fideicommisse für den Erben verbindlich geworden waren, wurde nach und nach aus dem Codicill eine eigentliche letztwillige Verfügungsart, welche für alle Dispositionen, mit Ausnahme der Erbeseinsetzung, angewandt werden kann, und nach Justinians neuester Verordnung immer eine bestimmte Form haben muß. Deßhalb muß hier jetzt wie bei den Testamenten der Inhalt und die Form, sodann aber auch das Verhältniß zu dem Testament erörtert werden.

1. Inhalt des Codicills.

§. 417.

Bei dem Codicill kann von einem wesentlichen und ausserwesentlichen Inhalte nicht die Rede seyn. Nur was als wesentlicher Inhalt des Testaments angegeben ist, kann nicht Inhalt des Codicills seyn, also Erbeseinsetzung und deren Unterarten, die Substitutionen. Der ausserwesentliche Inhalt des Testaments kann Inhalt des Codicills seyn. Von dieser Regel macht auch das sg. testamentum mysticum keine Ausnahme. Der Testator kann nämlich, gleichviel ob er mündlich oder schriftlich testirt, den Namen des eingesetzten Erben zurückbehalten, und ihn erst in einem künftigen Codicill zu nennen verheißen.

2. Form des Codicills.

§. 418.

Codicille können entweder an den Intestat- oder an einen Testamentserben gerichtet seyn. Im letztern Falle setzen sie ein Testament voraus, und stehen und fallen mit demselben. Sind sie im Testament rückwärts oder für die Zukunft bestätigt, so nennt man sie jetzt codicilli confirmati, im entgegengesetzten Falle non confirmati. Zwischen beiden ist hinsichtlich der Form kein Unterschied *a*). Diese Form ist aber entweder A) eine öffentliche, welche sich von der öffentlichen Testamentsform nicht unterscheidet, oder B) eine private. Diese ist entweder 1) eine ordentliche, welche fünf Zeugen erfordert, deren Qualitäten die nämlichen sind, wie die der Testamentszeugen. Erklärt der Codicillant seinen Willen mündlich, so gelten wieder dieselben Grundsätze, wie beim mündlichen Testament. Erklärt er ihn dagegen schriftlich, so haben sich die Zeugen bloß zu unterschreiben. Die Einheit der Handlung ist ebenso nothwendig

a) Denn nach Justinians Vorschrift sollen alle Privatcodicille vor fünf Zeugen errichtet werden. Hinsichtlich des Inhalts besteht nur noch ein Unterschied, indem in den confirmirten, nicht aber in den nicht confirmirten, Tutoren ernannt werden können.

als beim Testament, und sich selbst darf auch hier kein Zeuge Etwas zuschreiben, wiewohl hiedurch der Codicill nicht ungültig wird, sondern nur die Verfügung zu Gunsten eines Zeugen. Oder 2) eine ausserordentliche. Diese Form kann dann vorkommen, wenn der Codicillant ein privilegirtes Testament machen kann, also z. B. beim Soldaten, bei einer ansteckenden Krankheit, bei Leuten, die auf dem Lande einen Codicill errichten wollen, und bei Eltern, wenn diese Intestaterbfolge eintreten lassen, aber die Erbtheile der Kinder näher bestimmen wollen. Hier genügt es, wenn die Vertheilung (die sg. divisio parentum inter liberos) schriftlich geschieht, und die Urkunde entweder von den Eltern oder von allen Kindern unterschrieben wird *b*). Blinde dagegen können nur in der für sie vorgeschriebenen Testamentsform einen Codicill errichten, und da der Codicillant nie selber zu schreiben braucht, so giebt es keine erweiterte Form für den Schreibunfähigen.

3. Verhältniß der Codicille zu den Testamenten.

§. 419.

Ist ein letzter Wille mit allen Erfordernissen des Testaments versehen, so gilt er als solches, wenn er auch vom Testator als Codicill bezeichnet seyn sollte. Wenn hingegen ein letzter Wille der Erbeseinsetzung oder der zum Testament gehörigen Formalitäten ermangelt, so ist er noch kein Codicill, gesetzt auch, die Erfordernisse des letztern sollten vorhanden seyn. Hat aber der Erblasser darin erklärt, es solle der letzte Wille, wenn er als Testament nicht gelten könne, als Codicill aufrecht erhalten werden (sg. clausula codicillaris), so geschieht Dieß, und der Codicill wird als an den Intestaterben gerichtet behandelt, der darin genannte Erbe als Fideicommissar. Macht nun Jemand als der in einem mit der Codicillarclausel versehenen Testament ernannte Erbe Anspruch auf die Erbschaft, so hat er sich zu erklären, ob er den letzten Willen als Testament oder als Codicill angesehen wissen wolle. Die einmal gegebene Erklärung

---

b) *Nov.* 18. c. 7. *Nov.* 107. c. 3.

ist dann unwiderruflich, ausgenommen für eingesetzte parentes und liberi des Erblassers bis zum vierten Grade der Agnation und bis zum dritten der Cognation, insofern dieselben, wenn sie die Gültigkeit des Testaments behauptet hatten, damit aber entweder gerichtlich abgewiesen oder freiwillig zurückgetreten waren, dasselbe noch als Codicill aufrecht erhalten können.

E. Von dem sg. fideicommissum heredi praesenti injunctum.

§. 12. Inst. de fideic. hered. (2. 23.). l. 32. cod. de fideic. (6. 42.).

§. 420.

Durch Justinians Bestimmung ist eine ganz eigne Art des Vermächtnisses entstanden, welches weder in einem Testament noch in einem Codicill hinterlassen zu werden braucht. Eine jede, auch die bloß mündliche Aufforderung des Erblassers an einen Honorirten, also auch an den Intestaterben, einer dritten Person ein Vermächtniß auszuliefern, verpflichtet den Honorirten zur Erfüllung. Der Beweis kann jedoch von Demjenigen, dem der Verstorbene auf diese Weise Etwas zugewandt hat, nur durch Eidesantrag an den Beschwerten geführt werden. Leistet dieser den Eid, so wird er frei von der Last, verweigert er ihn, so muß er das vom Deferirenden als Vermächtniß Angesprochene leisten. Jedoch kann er von diesem das calumniae jusjurandum fordern.

F. Mortis causa donatio et capio.

Paul. II, 23. §. 1. 6. III, 7. Pr. §. 1. Inst. de donationib. (2. 7.). *Dig.* XXXIX, 6. De mortis causa don. et cap.. *Cod.* VIII, 57. De don. mort. causa. L. un. §. 14. cod. de caduc. tollend. (6. 51.). *Nov.* 22. c. 44. §. 9. *Nov.* 87. (ungloss.).

§. 421.

Gewissermassen eine letztwillige Verfügung, die weder Testament noch Codicill ist, ist die mortis causa donatio oder die Schenkung auf den Todesfall. Zu ihrem Begriffe gehört nicht, daß der Schenker in einer Lebensgefahr sich befinde, wiewohl Dieß häufig der Grund der Schenkung ist, ebenso wenig, daß

die Schenkung widerruflich sey, indem der Schenker auf die Widerruflichkeit verzichten kann. Sie ist vielmehr eine Schenkung, welche erst dann wirklich wird, wenn der Schenker vor dem Beschenkten stirbt. Nach dem ältern Rechte hatte sie mit wenigen Ausnahmen *a*) ganz die rechtliche Natur der donatio; aber auch durch Justinians neueste Bestimmungen ist sie weder materiell noch formell dem Legat ganz gleichgestellt, sondern nur in gewissen bestimmten Beziehungen, materiell nämlich hinsichtlich des jus accrescendi (§. 395), der Muciana cautio (§. 408) und indem in einer Reihe von einzelnen Puncten *b*), über welche die alten Juristen verschiedener Ansicht waren, die Meinung Jener gesetzlich anerkannt wurde, welche die m. c. donatio nach Analogie des Legats behandelten. Die Form ist keineswegs jetzt allgemein die Codicillarform, sondern im Ganzen die Form der donatio *c*). Beträgt jedoch die m. c. donatio über 500 solidi, so ist gerichtliche Insinuation nicht nothwendig, insofern fünf Zeugen zugezogen werden. Die durch die m. c. donatio bewirkte successio ist immer in singulam rem, niemals per universitatem, auch wenn ein ganzes Vermögen Gegenstand der Schenkung wäre. Die m. c. donatio erlischt, wenn der Beschenkte

---

a) Dahin gehört namentlich die Anwendung der lex Falcidia auf die m. c. donatio. Daß der Beschenkte mit einem Vermächtniß onerirt und ihm substituirt werden kann, beruht jedoch nicht nothwendig auf einer Gleichstellung der m. c. donatio mit dem Legat, ebenso wenig die Widerruflichkeit derselben und ihre Zulässigkeit unter Ehegatten (§. 323).

b) Vergl. l. 17. D. h. t. l. 1. §. 1. D. si quid in fraud. patroni (38 5.). — l. 8. §. 1. 2. D. de transact. (2. 15.). — l. 3. pr. l. 5. §. 7. l. 20. D. de leg. praest. (37. 5.). — l. 7. D. h. t. l. 32. §. 7. 8. D. de don. i. V. et U. (24. 1.). — l. 1. §. 2. D. usufr. quemadm. cav. (7. 9.). — l. 8. §. 5. D. de cond. inst. (28. 7.). — l. 35. 37. pr. D. h. t.

c) Deßhalb ist Acceptation des Beschenkten immer nothwendig und die m. c. donatio kann eben deßhalb nicht in einem Testament errichtet werden. Eine weitere Folge hievon ist, daß die Schenkung aufrecht erhalten wird, wenn gleich die Erbschaft nicht angetreten wird.

vor dem Schenker stirbt, immer, sodann wenn der Schenker die Gefahr überlebt, insofern nur durch den Tod in dieser Gefahr die Schenkung wirklich werden sollte, ferner durch Widerruf des Schenkers aus Reue, insofern dem Rechte der Reue nicht entsagt ist und ausserdem in denjenigen Fällen, in welchen auch eine donatio inter vivos erlöschen würde. Da übrigens der Beschenkte von dem Schenker nie überlebt werden darf, so wird eine gegenseitige Schenkung wirklich, wenn beide zugleich sterben, weil keiner nach dem andern gestorben ist. — Mit der mortis causa donatio ist die *mortis causa capio* nicht zu verwechseln, d. h. im weitern Sinne jeder Erwerb, den man durch den Tod eines Andern macht, im engern Sinne der Erwerb, den man dadurch zufällig macht, daß in das Vermögen eines Verstorbenen succedirt wird. Beruht dieser Erwerb auf einer Anordnung des Testator, so ist er als Legat zu betrachten, sonst nicht, und daher auch den Bestimmungen der lex Falcidia nicht unterworfen. —

III. Aufhebung eines letzten Willens.

A. Totale Aufhebung.

Caj. II, 144. 145. *Ulp.* XXIII, 1. 2. 4. 5. *Paul.* III, 6. §. 92. *Inst.* II, 17. Quib. mod. test. infirment.. §. 3. Inst. de codic. (2. 25.). *Dig.* XXVIII, 3. De injusto, rumpto, irrito facto test.. XXXVII, 2. Si tabulae test. extabunt. *Cod.* VI, 23. De testam. etc.

§. 422.

Der errichtete letzte Wille wird ungültig (irritum test.), wenn der Testator nachher eine capitis diminutio erleidet *a*), oder um sich einer Capitalstrafe zu entziehen, sich selbst entleibt, oder auf andere Art die juristische Fähigkeit verliert. Der Verlust der natürlichen Fähigkeit schadet nicht. Da es ferner im Begriff eines letzten Willens liegt, daß er Denjenigen, der ihn errichtet, nicht bindet (§. 380), so kann er auch beliebig zurückgenommen werden. Was nun A) das Testament betrifft, so

a) Bei Soldaten findet eine Ausnahme statt, sowie vermöge der fictio legis Corneliae (§. 381. 425.).

wird dieß 1) durch ein neues Testament aufgehoben, und zwar nothwendig *b*). Ob die Erbschaft aus dem zweiten Testament angetreten wird oder nicht, ist gleichgültig; daher ist es auch gleichgültig, ob die Erbeseinsetzung im zweiten Testament bedingt ist, und ob in jenem Falle die Bedingung wirklich wird oder nicht. Jedoch muß das zweite an sich gültig seyn; nur gilt die Ausnahme, daß jeder letzte Wille, in welchem Intestaterben eingesetzt sind, welche früher übergangen waren, das erste Testament rumpirt, sofern nur fünf Zeugen zugezogen waren, welche ihre Angaben eidlich bestärken. Das alte Testament heißt *ruptum testamentum*. Erklärt indessen der Testator in dem zweiten Testament das erste für einen Codicill, so bleibt dieses als solcher aufrecht. Sonst bleibt das ältere einmal rumpirte Testament ungültig, auch wenn das zweite wieder rumpirt werden sollte. Nur gibt der Prätor sec. tab. B. P. aus dem ersten, wenn das zweite in der Absicht aufgehoben ist, das erste wieder aufleben zu lassen. 2) Durch einen Codicill kann in der Regel kein Testament aufgehoben werden, weil der wesentliche Inhalt des Testaments (die Erbeseinsetzung) im Codicill nicht errichtet werden kann. 3) Durch absichtliche Zerstörung der Testamentsurkunde, wenn die Absicht juristisch möglich ist, kann ein Testament ebenfalls aufgehoben werden. Geht die Urkunde durch Zufall zu Grunde, so bleibt das Testament, wenn sein Inhalt gehörig erwiesen werden kann, gültig. 4) Durch unförmlichen Widerruf konnte nach altem Rechte nur das testamentum militis aufgehoben werden. Nach Justinians Verordnung kann jedes Testament nach zehn Jahren durch bloßen Widerruf vor drei Zeugen oder vor Gericht aufgehoben werden. B) Der Codicill kann zwar durch ein späteres Testament oder durch einen späteren Codicill aufgehoben werden, doch ist diese Aufhebung nicht nothwendig.

---

b) Soldaten können gültig zwei Testamente hinterlassen, welche dann als ein einziges angesehen werden, insofern das erste nicht ausdrücklich durch das zweite aufgehoben wird.

III. Partielle Aufhebung.

Caj. II, 198. *Ulp.* II, 12. XXIV, 29. *Paul.* IV, 1. §. 9. III, 6. §. 16. 92. §. 12. Inst. de legat. (2. 20.). *Inst.* II, 21. De ademptione legatorum. *Dig.* XXVIII, 4. De his quae in test. delent. etc. XXXIV, 4. De adimend. vel transfer. leg. vel fideicom..

§. 423.

Wenn der Erblasser nach einem vollendeten letzten Willen einzelne Puncte in demselben näher bestimmt, so liegt hierin natürlich keine Aufhebung der in Frage stehenden Dispositionen. So kann er, wenn mehrere Personen desselben Namens, oder mehrere Objecte gleicher Art existiren, durch einen Nachtrag oder durch spätere mündliche Erklärung bestimmen, welche von den mehreren Personen gemeint, welches der mehreren Objecte gegeben sey. Kann aber der Testator seinen Willen auch hinsichtlich einzelner Dispositionen verändern? Was hier 1) Erbeseinsetzungen betrifft, so werden diese nach dem von Justinian ungeändert gelassenen prätorischen Edict durch Ausstreichen (inducere, eigentlich Ueberziehen mit Wachs) in der Art ungültig, daß dem klagenden Erben die doli exceptio entgegensteht, während, wenn dadurch nicht das ganze Testament fällt, die dem Erben auferlegten Vermächtnisse gültig bleiben. Dagegen kann der Testator statt des ausgestrichenen Erben einen Andern nicht ernennen, wenn er dabei nicht alle Förmlichkeiten eines Testaments beobachtet. Aber 2) andre Dispositionen, wie Vermächtnisse, können vom Erblasser beliebig abgeändert werden. Eine solche Aufhebung der Vermächtnisse (ademptio) wird zuweilen in der Art vermuthet, daß dem aus dem Vermächtnisse Klagenden die doli exceptio entgegensteht. Auch liegt in der dem Erblasser immer gestatteten Umänderung des Vermächtnisses, entweder weil er die Person des Onerirten oder Honorirten, oder den Gegenstand, oder die Bedingung ändert (überhaupt *translatio*), in der Regel eine ademptio. Ob aber nun wirklich eine translatio, oder ob eine Häufung der Vermächtnisse vorhanden sey, muß die Rede des Testator entscheiden. Uebrigens gehen, wenn eine translatio vorhanden ist, die Bedingungen sowie die Lasten

des alten Vermächtnisses auf das neue über. Wird oder ist gleich Anfangs das neue Legat ungültig, so bleibt das alte gültig, wenn die Person des Legatar nicht geändert ist; ist aber die Person geändert, so wird auch das alte Legat ungültig. —

Zweites Capitel.

Intestaterbfolge.

Caj. III, 1—31. *Ulp.* XXVI. XXVIII. *Paul.* IV, 8. 9. 10. 11. *Coll.* XVI. *Inst.* III, 1—6. §. 3. 4. Inst. de B. P. (3. 9. [10]). *Dig.* XXXVIII, 6—8. 10. 16. 17. *Cod.* VI, 14. 15. 55—59.

Einleitung.

§. 424.

Von jeher war im römischen Rechte die Nachfolge in das Vermögen eines ohne Hinterlassung eines letzten Willens Verstorbenen sehr verschieden, je nachdem derselbe ein Freigeborner oder ein Freigelassener war. Das ältere Civilrecht beruhte dabei in beiden Fällen auf rein juristischen Rücksichten, welche sich im ersten Falle mehr nach den Agnations-, im zweiten mehr nach den Patronatsverhältnissen richteten. Auch in dieser Lehre gab das prätorische Recht das Organ für jene Aenderungen ab, welche durch spätere Volksansichten nach einem die natürlichen Verhältnisse der Blutsverwandtschaft berücksichtigenden Princip der Milde sich bildeten. Dabei enthält das prätorische System das alte civilrechtliche immer wieder in sich, so daß durch dieses Anschließen an das alte System eine gewaltsame Rechtsrevolution vermieden wurde. Die Kaiser, welche bei ihrem Eingreifen in den Rechtszustand viel freiere Hand hatten als die Prätoren, machten nach und nach manche Personen, welche bloß durch das prätorische Edict zur Nachfolge berufen waren, zu Civilerben, und auf diesem Wege des theilweisen Aenderns finden wir im Anfange seiner Regierung auch Justinian. Doch wurden seine Bestimmungen bald umfassender. Den Anfang machte er mit der Nachfolge in das Vermögen eines Freigelassenen, indem er die alte bonorum possessio sehr vereinfachte, und mehr mit jener des Freigebornen in Uebereinstimmung brachte. Die letztere aber,

welche er als auf einem veralteten Princip beruhend erkannte, reformirte er in der umfassenden *Nov.* 118 vom Jahre 543, wozu im Jahre 547 noch die *Nov.* 127 kam, soweit die eheliche Verwandtschaft den Rechtsgrund der Berufung bildet, total, indem er die Agnation als Grundlage der Intestatsuccession wegen Verwandtschaft ganz entfernte, und nur die Cognation seinem neuen System zum Grunde legte. Damit ist nun freilich der Inhalt der Institutionen und Digesten sowie des Codex nicht vollkommen, sondern nur so weit antiquirt, als er sich auf die Intestatsuccession in das Vermögen des Freigebornen wegen Verwandtschaft bezieht. Wir müssen daher auch für die Darstellung des neuesten Justinianischen Rechts die Nachfolge in das Vermögen eines Freigebornen von jener in das Vermögen eines Freigelassenen scheiden.

I. Erfordernisse der Intestaterbfolge.

§. 425.

Damit überhaupt Intestaterbfolge eintreten kann, darf kein Testament oder wenigstens kein gültiges Testament des Erblassers existiren. Ausserdem muß 1) der Verstorbene testamenti factio (§. 381) haben, und zwar zur Zeit seines Todes. Darum kann der in feindlicher Gefangenschaft Gestorbene nur kraft einer Fiction ab intestato beerbt werden, kraft der Fiction nämlich, er sey im Augenblicke, wo er seine Freiheit verlor, gestorben (fictio legis Corneliae). 2) Auch der Intestaterbe muß, um es seyn zu können, testamenti factio haben. Eine minima capitis diminutio hat aber hier keinen Einfluß mehr. Ketzer und Apostaten, Söhne der Hochverräther, und im Verhältnisse zu gewissen Personen die Wittwe, welche innerhalb des Trauerjahrs geheirathet hat (§. 329), sind unfähig, Intestaterben zu werden. — Die Fähigkeit, Intestaterbe zu seyn, muß in dem Augenblicke der ab intestato eröffneten Erbfolge und von da bis zum Antritt ununterbrochen vorhanden seyn. Der postumus ist im Justinianischen Rechte immer fähig, vorausgesetzt, daß er im Augenblicke des Todes des Erblassers schon erzeugt ist.

II. Intestaterbfolge in die Güter eines Freigebornen.

A. Nach der Verwandtschaft.

Einleitung.

§. 426.

Justinian hat die auf die Verwandtschaft sich gründende Succession in der Novelle 118 ganz neu bestimmt. Daher schließen wir uns wohl am Besten zunächst an die Worte der Novelle an, und holen später einige Fragen nach, welche man gewöhnlich vor der Darstellung des Inhalts der Novelle erörtert, welche aber eben deßhalb in der Regel unverständlich bleiben. — Die Grundlage für die Erbfolge der Verwandten macht Justinian nach den drei Arten der Blutsverwandtschaft, indem er zuerst von der inferior, sodann von der superior, und endlich von der transversa linea (§. 89) spricht. Jede dieser Arten der Verwandtschaft bildet einen ordo der Erben; nur ist der zweite gemischt aus Ascendenten und Seitenverwandten, was zur Aufstellung der so beliebten vier Classen Veranlassung gegeben hat, wiewohl auch diese gewöhnlich nicht consequent durchgeführt werden, und da sie zu Mißverständnissen Veranlassung geben können, hier lieber nicht zu berücksichtigen sind.

1. Intestaterbfolge nach *Nov.* 118 und 127.

a) Inhalt derselben.

A) Erstes Capitel oder erster ordo.

§. 427.

Die Nov. 118. beruft im ersten Capitel vor allen andern Verwandten die Descendenten des Verstorbenen, ohne Rücksicht auf Geschlecht, Grad, Abstammung durch Männer und Weiber, und ohne Rücksicht auf den Umstand, ob sie unter der Gewalt des Verstorbenen standen und respective stehen konnten oder nicht. Jedoch sind immer nur die in ihrem Stamme (stirps) dem Erblasser am nächsten Stehenden gerufen. Sind nur Söhne und Töchter vorhanden, so werden so viele Theile gemacht als Köpfe. Concurriren aber Söhne und Töchter mit entfernteren Descendenten einer andern stirps, so sind die

Letztern auf so viel gerufen, als ihr unmittelbar unter dem Verstorbenen stehender Ascendent erhalten haben würde, wenn er noch lebte; und ebenso ist es, wenn nur entferntere Descendenten concurriren, wobei selbst, wenn alle von einem einzigen Sohne oder Enkel des Erblassers abstammen, nicht das erste Ausgehen in stirpes berücksichtigt wird. Befindet sich neben den Descendenten des Verstorbenen noch ein Ascendent am Leben, welcher den Verstorbenen in seiner Gewalt hatte, während die Descendenten sui juris sind, so bleibt dem Ascendenten der ususfructus, soweit er ihn an dem Vermögen des Verstorbenen hatte (§. 337), auch nach dessen Tode Zeitlebens *a*) (Taf. B. Fig. I—VI.).

B) Zweites Capitel oder zweiter ordo.

§. 428.

Die Novelle beruft im zweiten Capitel, wenn keine Descendenten vorhanden oder die vorhanden gewesenen weggefallen sind, die Ascendenten. Sind nun I. bloß Ascendenten vorhanden, so ist A), wenn Einer von ihnen der nächste ist, dieser zur ganzen Erbschaft berufen, gleichviel ob er paternus oder maternus ist. B) Sind aber mehrere gleich nahe vorhanden, so wird unter ihnen nach Köpfen getheilt, jedoch so, daß die eine Hälfte auf die paterni, die andere auf die materni fällt. II. Sind neben den Ascendenten auch vollbürtige Geschwister des Verstorbenen am Leben, so sind diese neben den nächsten Ascendenten gerufen, und die Vertheilung geschieht nach Kopftheilen. III. Sind neben Ascendenten und vollbürtigen Geschwistern auch noch verstorbener vollbürtiger Geschwister Söhne und Töchter vorhanden, so concurriren diese letztern nach der *Nov.* 118 nicht, wohl aber nach der *Nov.* 127. c. 1., indem sie hiernach zusammen zu dem Kopftheil ihres verstorbenen Vaters oder ihrer verstorbenen

a) Auch neben der Nov. 118. gilt noch die Constitution von Theodos II. und Valentinian III. in l. 3. cod. de bonis matern. (6. 60.), durch welche dem Vater an dem Nachlasse der Mutter, welche die von Jenem emancipirten Kinder beerben, der ususfructus zu einer Virilportion gegeben ist (Taf. B. Fig. VII).

Mutter gerufen sind. IV. Sind neben den Ascendenten keine vollbürtigen Geschwister des Verstorbenen vorhanden, wohl aber verstorbener vollbürtiger Geschwister Söhne und Töchter, so concurriren diese mit den Ascendenten weder nach der Novelle 118 noch nach der Novelle 127. — Zu bemerken ist übrigens noch, daß der dem Ascendenten an dem Vermögen des Verstorbenen allenfalls gebührende ususfructus durch die Berufung zur Intestaterbfolge wegfällt, wenn er mit Geschwistern concurrirt, was auf den Fall der Concurrenz mit andern Ascendenten oder mit Söhnen und Töchtern von Geschwistern des Verstorbenen nicht ausgesprochen ist, aber nach dem Geiste der *Nov.* 127 bei den letztern angenommen werden muß. (Taf. B. Fig. VIII—XII.)

C) Drittes Capitel oder dritter ordo.

§. 429.

Hat der Verstorbene weder Descendenten noch Ascendenten hinterlassen, oder sind sie nach dem Tode des Verstorbenen weggefallen, so beruft das dritte Capitel der Novelle I. die vollbürtigen Geschwister desselben zu Kopftheilen, und verstorbener vollbürtiger Geschwister Söhne und Töchter. Die Letztern sind zusammen zu so viel gerufen, als der Kopftheil ihres verstorbenen Vaters oder ihrer verstorbenen Mutter betragen würde, wobei kein Unterschied gemacht ist, ob sie unter sich allein oder mit Geschwistern des Verstorbenen concurriren; ferner ob sie, wenn sie allein stehen, alle von einem Bruder oder einer Schwester, oder von mehreren Geschwistern des Verstorbenen abstammen. II. Sind keine vollbürtige Geschwister und keine Söhne oder Töchter verstorbener vollbürtiger Geschwister vorhanden, oder sind sie nach dem Tode des Erblassers weggefallen, so ruft das dritte Capitel die halbbürtigen Geschwister und verstorbener halbbürtiger Geschwister Söhne und Töchter, welche letztern ebenso mit den halbbürtigen Geschwistern concurriren, wie vollbürtiger Geschwister Söhne und Töchter mit vollbürtigen Geschwistern. III. Sind auch keine von den unter Nro. II. genannten Personen vorhanden, oder sind sie nach dem Tode des

Erblassers weggefallen, so ruft das dritte Capitel alle weitere Seitenverwandten nach der Nähe des Grades, und sind mehrere gleich nahe Seitenverwandten vorhanden, so concurriren sie nach Kopftheilen. (Taf. B. Fig. XIII—XV. Taf. C. Fig. I—VI.)

b) Nachträge zum Inhalte der Capitel im Allgemeinen.

A) Von der Theilung der Erbschaft in capita, in stirpes und in lineas.

§. 430.

Nach dem Inhalte der drei letzten Paragraphen läßt sich, wenn Mehrere zur Erbfolge berufen sind, die Frage aufwerfen, wie unter sie die Erbschaft vertheilt werde? Wir unterscheiden hier zunächst zwei Arten der Vertheilung: I. Die zugleich Berufenen machen so viele Theile als sie Individuen sind (in capita dividitur hereditas; sg. successio in capita). Dieß ist der Fall im ersten ordo, also bei Söhnen und Töchtern des Erblassers (Taf. B. Fig. I.). Im zweiten ordo wird ebenfalls nach Köpfen getheilt, wenn Ascendenten mit Geschwistern des Erblassers concurriren (Taf. B. Fig. X.). Ebenso ist es im dritten ordo, wenn bloß Geschwister concurriren (Taf. B. Fig. XIII.), und wenn mehrere Seitenverwandten, welche nicht Geschwister oder Kinder verstorbener Geschwister sind, gerufen werden (Taf. C. Fig. VI.). II. Die zugleich Berufenen theilen nicht nach Köpfen, sondern werden auf denjenigen nähern Verwandten zurückgeführt, durch welchen ihre Verwandtschaft mit dem Erblasser vermittelt ist; dieß kann sowohl in der inferior als in der superior linea der Fall seyn. In jenem Falle sagt man jetzt, die Verwandten succedirten in stirpes (in stirpes dividitur hereditas), in diesem, sie succedirten in lineas. Was nun A) die sg. successio in stirpes betrifft, so kommt sie theils gemischt mit der sg. successio in capita, theils für sich allein vor. 1) Jenes ist der Fall, wenn im ersten ordo Enkel mit Söhnen und Töchtern concurriren, gleichviel ob sie unmittelbar Enkel und Söhne oder Töchter des Erblassers sind, oder eines Andern, welcher Sohn oder Tochter oder Enkel des Erb-

lassers ist (Taf. B. Fig. III.); wenn im zweiten ordo Söhne und Töchter verstorbener Geschwister mit Geschwistern und Ascendenten concurriren (Taf. B. Fig. XII.); endlich wenn im dritten ordo Söhne und Töchter verstorbener Geschwister mit Geschwistern concurriren (Taf. B. Fig. XIV.). 2) Für sich allein kommt die sg. successio in stirpes vor im ersten ordo, wenn bloß Enkel oder noch entferntere Descendenten, im dritten, wenn bloß Söhne und Töchter verschiedener verstorbener Geschwister des Erblassers concurriren (Taf. B. Fig. IV. Taf. C. Fig. I.). Was B) die sg. successio in lineas betrifft, so kommt sie nie vermischt mit der sg. successio in capita oder in stirpes vor, und überhaupt nur im zweiten ordo, wenn ein oder mehrere väterliche Ascendenten mit mütterlichen Ascendenten (paterni und materni) wegen gleicher Nähe oder Entfernung der Verwandtschaft mit dem Erblasser concurriren (Taf. B. Fig. IX.).

B) Concurrenz des postumus.

L. 28. §. 5. D. de judiciis (5. 1.). L. 3 — 5. D. si pars hereditatis petat. (5. 4.).

§. 431.

Auf die Vertheilung der Erbschaft hat es, da der postumus erbfähig ist, bedeutenden Einfluß, wenn eine schwangere Wittwe vorhanden ist. Da die Römer hier auf die Möglichkeit einer Drillingsgeburt Rücksicht nehmen, so müssen, wenn der postumus berufen ist, für ihn, wenn er mit Andern concurrirt, drei Theile zurückgelegt werden; wenn er aber vor Andern gerufen ist, so muß die Erbschaft liegen bleiben, bis er geboren ist. Ob aber für den postumus drei Kopftheile oder drei Stammtheile zurückgelegt werden, entscheidet sich nur nach dem einzelnen Falle (Taf. C. Fig. X. XI.).

C) Einfluß der voll- und halbbürtigen, der einfachen und mehrfachen Verwandtschaft.

§. 432.

Was hier I. den Unterschied zwischen voll- und halbbür-

tiger Verwandtschaft betrifft, so äussert er seine Wirkung niemals rücksichtlich der Frage, ob unter zwei zugleich zur Erbfolge berufenen Personen die eine mehr als die andere bekomme, wohl aber zuweilen rücksichtlich der Frage, ob Jemand vor dem Andern gerufen werde. Dieß ist namentlich bei Geschwistern und Söhnen und Töchtern verstorbener Geschwister der Fall, indem nach *Nov.* 118 und respective *Nov.* 127 immer nicht nur die vollbürtigen Geschwister vor den halbbürtigen (Taf. C. Fig. XII.), und die Söhne und Töchter verstorbener vollbürtiger Geschwister vor jenen der halbbürtigen Geschwister gerufen sind (Taf. C. Fig. XIII.), auch allein vollbürtige Geschwister und vollbürtiger Geschwister Söhne und Töchter mit den Ascendenten concurriren (Taf. C. Fig. XIV.), sondern selbst diejenigen Personen, welche durch vollbürtige Geschwister Neffen des Erblassers sind, den halbbürtigen Geschwistern desselben vorgehen, obgleich letztere dem Grade nach näher stehen (Taf. C. Fig. XV.). Dagegen macht es unter halbbürtigen Geschwistern und ihren Söhnen und Töchtern durchaus keinen Unterschied, ob sie durch den Vater oder die Mutter verwandt sind (Taf. C. Fig. XVI.), und ebenso wenig hat der Unterschied überhaupt auf die Berufung anderer Seitenverwandten Einfluß, bei denen bloß die Nähe des Grades entscheidet (Taf. C. Fig. XVII.). Was II. den Unterschied zwischen einfacher und mehrfacher Verwandtschaft betrifft, so hat er durchaus keinen Einfluß auf die Frage, Wer berufen sey, wiewohl eine Person in der einen Rücksicht unfähig, in der andern fähig und also wohl in dem einen ordo gerufen, in dem andern nicht gerufen seyn kann. Dagegen hat die mehrfache Verwandtschaft, sobald die beiden Arten der Verwandtschaft in demselben Grade zusammentreffen, auf die Vertheilung Einfluß, wenn überhaupt nicht von einer sg. successio in capita die Rede ist, also niemals bei Seitenverwandten, welche nicht Geschwister oder Söhne und Töchter von verstorbenen Geschwistern sind (Taf. C. Fig. VII—IX.).

D) Von der sg. successio ordinum und graduum.
Dig. XXXVIII, 9. De successorio edicto vergl. mit §. 7. Inst. de leg. adgnat. success. (3. 2.).

§. 433.

Da Justinian keine Classen der Erben gemacht hat, wie sie im ehemaligen Civilrecht und ebenso im prätorischen Rechte vorkamen, so kann strenge genommen von einer successio ordinum nicht die Rede seyn. Will man aber unter ordo den Inbegriff der neben einander gerufenen Personen verstehen, so kommt allerdings der nächste ordo an die Reihe, wenn der erste nicht vorhanden, oder die darin gerufenen Personen alle weggefallen sind, und in diesem Sinne kann man allerdings von einer successio ordinum sprechen. Ebenso kann man auch von einer successio graduum sprechen, wenn man unter gradus nur nicht den Grad der Verwandtschaft, sondern den Grad des Erbrechts verstehen will, indem sowohl bei Descendenten als Ascendenten und Seitenverwandten der durch das Daseyn eines dem Erbrechte nach Nähern Ausgeschlossene an die Reihe kommt, wenn Jener wegfällt. So ist z. B. der Halbbruder berufen, wenn des verstorbenen vollbürtigen Bruders Sohn wegfällt (Taf. C. Fig. XV.). Jedoch muß hier das §. 440 zu erörternde jus accrescendi berücksichtigt werden.

E) Von dem sg. Repräsentationsrechte.

§. 434.

Die Erbfolge ist ein höchstpersönliches Recht, wie denn auch die Verwandtschaft als Grund derselben nicht um einer zwischen beiden Verwandten in der Mitte stehenden Person, sondern um ihrer selbst willen berücksichtigt wird. Da es nun Fälle giebt, in denen Verwandte nur dann zur Erbfolge berufen sind, wenn der ihre Verwandtschaft mit dem Erblasser vermittelnde Ascendent weggefallen ist, so sagt man jetzt nicht ganz passend, Derjenige, welcher in die Stelle des Weggefallenen trete, sey Letzterer nun ein Ascendent des Erblassers oder des Berufenen gewesen, erbe jure repraesentationis.

Will man damit andeuten, daß z. B. der Enkel oder der Brudersſohn nur zu ſo Viel berufen ſey, als der Vater desſelben, wenn er noch lebte, ſo hat Dieß allerdings ſeine Richtigkeit, wie aus §. 427. 428. hervorgeht (succedunt in proprii parentis locum). Will man aber damit ſagen, der Enkel erbe nur, weil er Sohn des Sohnes, oder der Neffe, weil er Sohn des Bruders ſey, ſo muß man zwar auch Dieß zugeben, indem von einem Enkel nur die Rede ſeyn kann, wenn ein Sohn, und von einem Neffen, wenn ein Bruder vorhanden war, aber man muß ſich hüten, zu glauben, der Enkel und Neffe erbe nur, wenn er ſeinen Vater beerbt, oder er erbe nicht, wenn ſein Vater ausgeſchlagen habe, denn Beide erben nicht durch den Vater (alſo nicht jure repraesentationis), ſondern kraft eigenen Rechts, weil das Recht der Erbfolge als höchſtperſönliches nicht vererbt werden kann.

2. Von den in der *Nov.* 118 nicht berückſichtigten Arten der Verwandtſchaft.

a) Von der auſſerehelichen Verwandtſchaft.

Nov. 18. c. 5. *Nov.* 89. c. 12. c. 8. 9. *Nov.* 74. c. 2. — §. 4. Inst. de success. cogn. (3. 5.). l. 5. cod. ad SC. Orphit. (6. 57.). l. 10. cod. de nat. lib. (5. 27.).

§. 435.

Juſtinian nimmt in der *Nov.* 118 keine Rückſicht auf den Unterſchied zwiſchen der ehelichen und auſſerehelichen Verwandtſchaft. Daher muß derſelbe nach dem Rechte vor dieſer Novelle betrachtet werden. I. Da auſſereheliche Kinder juriſtiſch keinen Vater haben, ſo beerben ſie weder ihn, noch können ſie von ihm beerbt werden. Jedoch ſollen A) naturales liberi, wenn ihr Vater keine eheliche Kinder und keine Ehefrau hinterläßt, auch über ſeinen Nachlaß nicht verfügt hat, den ſechsten Theil ſeines Nachlaſſes erhalten und denſelben mit ihrer Mutter theilen. Hinterläßt der Vater eheliche Kinder, ſo gebühren den Concubinenkindern nur Alimente. Auf keinen Fall ſollen aber dieſe Vorſchriften gelten, wenn der Vater mehrere Concubinen und Kinder von ihnen hinterläßt. Umgekehrt ſoll der Vater das-

selbe Recht gegen die Concubinenkinder haben. B) Durch Legitimation per subsequens matrimonium und per rescriptum werden naturales liberi den ehelichen ganz gleich; die per curiae dationem Legitimirten beerben nur ihren Vater und dieser sie. II. Hinsichtlich der Mutter und mütterlichen Verwandten stehen im Allgemeinen aussereheliche Kinder den ehelichen ganz gleich, sowohl nach dem prätorischen Rechte als nach dem SC. Orphitianum. Nur soll der illustris mater nach Justinians Verordnung neben ehelichen Kindern kein uneheliches succediren.

b) Von der auf Adoption beruhenden Verwandtschaft.

§. 2. Inst. de adopt. (1. 11.). §. 2. 11. 14. Inst. de hered. quae ab intest. (3. 1.). l. 23. D. de adopt. (1. 7.). l. 5. 10. cod. de adopt. (8. 48.).

§. 436.

Da die Novelle allen Unterschied zwischen Agnaten und Cognaten aufgehoben hat, so beerben I. die in Adoption gegebenen Kinder so wie die arrogirten ihre leiblichen Eltern als Descendenten, und werden von ihnen, als Ascendenten, beerbt; und ebenso bleiben sie zu ihren leiblichen Seitenverwandten in demselben Verhältnisse, wie vor der Adoption und Arrogation. II. Im Verhältnisse zu der Familie des Adoptivvaters muß man unterscheiden: A) Der Arrogirte beerbt und wird beerbt wie ein leibliches Kind, ausgenommen, wenn er als impubes stirbt, in welchem Falle der Arrogator kein Erbrecht hat; und ebenso B) der von einem Ascendenten Adoptirte. Jedoch sind Beide von der Erbschaft der Frau des Adoptivvaters und deren Verwandten ausgeschlossen und umgekehrt, weil sie diesen durch Adoption und Arrogation weder Agnaten noch Cognaten werden. C) Der sg. minus plene Adoptirte ist erbfähig im Verhältnisse zum Adoptivvater, aber nicht im Verhältnisse zu seinen Agnaten; aber der Adoptivvater beerbt ihn nicht. D) Der von einer Frau Adoptirte beerbt diese, aber nicht ihre Verwandten; die Frau und ihre Verwandten haben im Verhältnisse zu ihm kein Erbrecht. Damit jedoch überhaupt die Adoption oder Arrogation ein Erbrecht gebe,

muß sie bis zum Tode des Erblassers fortgedauert haben. Eine Ausnahme macht nur der Anspruch auf eine sg. Quarta Divi Pii (§. 343).

B. Intestaterbfolge wegen Ehe.

1. Succession der Eheleute.

Dig. XXXVIII, 11. *Cod.* VI, 18. Unde vir et uxor.

§. 437.

Sind keine, oder wenigstens keine erbfähige Verwandten vorhanden, oder fallen sie weg, so berief der Prätor in seinem Edict den überlebenden Ehegatten zur bonorum possessio (B. P. unde vir et uxor). Da Justinian in der *Nov.* 118 u. 127 nur das Erbrecht der Verwandten reformirte, so bleibt dieses Edict auch nach der Novelle in Wirksamkeit. Die Ehe muß aber gültig seyn und bis zum Tode fortdauern.

2. Succession der armen Wittwe.

Nov. 18. c. 22. *Nov.* 53. c. 6. und besonders *Nov.* 117. c. 5.

§. 438.

Ueber diese Succession hat die Gesetzgebung, besonders unter Justinian, sehr varlirt. Nach dieses Kaisers neuester Verordnung verhält es sich also: Wenn ein wohlhabender Mann mit Hinterlassung einer dürftigen Wittwe stirbt, welcher bei der Eingehung der Ehe keine, oder doch keine beträchtliche dos bestellt war, so hat die Wittwe, wenn die Ehe bis zum Augenblicke des Todes des Mannes gedauert hatte, neben allen Erben des Mannes, gleichviel ob sie Testaments= oder Intestaterben sind, ein Erbrecht auf eine Quote seines Nachlasses, welche ihr der Mann nicht entziehen kann. In der Regel beträgt diese Quote ein Viertheil des Vermögens. Concurrirt die Wittwe jedoch mit mehr als drei Erben des Mannes, welche Descendenten desselben sind, gleichviel ob aus der Ehe mit dieser Wittwe oder aus einer andern, so ist ihr Anspruch auf ein Kopftheil beschränkt (Taf. D. Fig. I.). An der ihr gebührenden Quote erhält die Wittwe alle Rechte eines Erben, nur soll sie, wenn sie Kinder von dem Erblasser hat, die Substanz derselben nicht

angreifen, sondern für die Kinder aufheben und sich mit dem ususfructus begnügen. Als Erbin hat die Wittwe natürlich auch an den Schulden und Vermächtnissen zu contribuiren. Da nur die dürftige Wittwe berufen ist, so verliert sie ihren Anspruch, wenn sie auch erst nach dem Tode des Mannes, nicht aber, wenn sie nach der Antretung reich geworden ist.

III. Intestaterbfolge in die Güter eines Freigelassenen.

Caj. III, 39—76. *Ulp.* XXVII. XXIX. *Paul.* III, 2. *Inst.* III, 6. De gradib. cognator. (von §. 10 bis zu Ende; sonst: *Inst.* III, 7. De servili cognatione). III, 7. (8). De success. libert. §. 4. Inst. de B. P. (3. 9. [10.]). *Dig.* XXXVIII, 2. *Cod.* VI, 4. De bon. libert..

§. 439.

Schon das ältere Recht, sowohl das Civilrecht als das prätorische, hatte ganz verschiedene Grundsätze für die Nachfolge in das Vermögen des Freigebornen und jenes des Freigelassenen aufgestellt. Das prätorische Recht galt mit einer durch Valentinian III. eingeführten Modification bis auf Justinian. Dieser Kaiser reformirte das sehr künstliche prätorische System durch eine Vereinfachung desselben sehr glücklich dahin: Zuerst beruft er zur Succession des ohne Testament gestorbenen Freigelassenen 1) dessen leibliche Descendenten, gleichviel von welchem Grade und Geschlechte, gleichviel, ob sie sui oder emancipati oder in Adoption gegeben, endlich gleichviel, ob sie nach oder vor der Freilassung geboren sind, nur müssen sie im letzten Fall ebenfalls Freigelassene seyn. Adoptivkinder sind nicht gerufen. In Ermangelung der Descendenten sind die Ascendenten des Freigelassenen gerufen, wobei daher auch wieder auf die während der Sclaverei entstandene Verwandtschaft Rücksicht genommen ist. Sodann 2) die durch das Patronatrecht mit dem Verstorbenen verbundenen Personen, namentlich a) den patronus und die patrona, b) die leiblichen Descendenten des patronus und der patrona, gleichviel ob sie sui, emancipati, oder in Adoption gegeben sind, ob sie durch Männer oder

Weiber vom patronus oder der patrona abstammen. c) Die Seitenverwandten derselben bis zum fünften Grade einschließlich, nach der hier gemachten Reihenfolge; endlich 3) den überlebenden Ehegatten des Freigelassenen. — Adoptivkinder beschränken eben so wenig den Patron, als der Patron des Patrons Erbrecht hat *a*). Nur der patronus und die patrona, nicht auch ihre Kinder und Seitenverwandten, sind zur Succession in das Vermögen der Söhne und Töchter, wenn diese keine Cognaten hinterlassen, nicht aber weiterer Descendenten des Freigelassenen, berufen. Sind mehrere patroni oder patronae vorhanden, so concurriren diese; aber der eine patronus schließt die Kinder des andern aus, und die Kinder des einen die Seitenverwandten des andern. Fallen Personen weg, welche durch Patronat gerufen sind, so succediren die nach ihnen Gerufenen. Diese Bestimmungen müssen als das neueste Justinianische Recht angesehen werden, weil die *Nov.* 118 der Erbfolge in das Vermögen des Freigelassenen gar keine Erwähnung thut.

IV. Von dem bei der Intestaterbfolge stattfindenden jus accrescendi.

Paul. IV, 8. §. 26. §. 4. Inst. de SC. Orphit. (3. 4.). §. 5. Inst. de B. P. (3. 9 [10.]). l. 3. §. 9. l. 4. 5. 6. pr. De B. P. (37. 1.). l. 9. D. de suis et legit. hered. (38. 16.). *Cod.* VI, 10. Quando non petentium partes petentibus adcrescant.

§. 440.

Auch bei der Intestaterbfolge gilt sowohl schon nach älterem Civilrecht als nach dem prätorischen Edict ein jus accrescendi (§. 390), dessen zwar Justinian in der *Nov.* 118 und 127 nicht erwähnt, das aber nach dem Verhältnisse dieser neuern Verordnungen zu dem frühern Rechte auch für das neue Justinianische Recht berücksichtigt werden muß, und auf den einfachen Grundsatz zurückzuführen ist: Wenn von mehreren zur Intestat-

a) Dagegen sind wohl die Ascendenten des patronus oder der patrona nicht ausgeschlossen; aber ihre Stelle in der Reihe der Intestaterben wissen wir nicht.

erbfolge zugleich berufenen Personen eine vor dem Antritte wegfällt, so wird die vacant gewordene Erbportion, wenn rücksichtlich derselben keine Transmission (§. 475) eintritt, mit Beibehaltung der anfänglichen Theilungsart unter den übrigen Miterben so vertheilt, wie sie berufen gewesen wären, wenn der Weggefallene von Anfang an nicht vorhanden gewesen wäre. Dieses Anwachsungsrecht ist daher eine bedeutende Modification der oben erörterten sg. successio graduum et ordinum. Es gilt auch für diejenigen Erben, welche von Anfang an zu einem gewissen Maximum berufen sind, so lange sie dieses noch nicht erhalten haben. — Besonders bei einem erwarteten postumus ist das jus accrescendi von Wichtigkeit, indem für diesen drei Portionen zurück zu legen sind; werden dann weniger als drei Kinder geboren, so accresciren die ihm nicht zufallenden Portionen an die übrigen Miterben und an ihn selber (Taf. C. Fig. X. XI.).

IV. Schicksal vacanter Verlassenschaften.

Cod. X, 10. De bon. vacant. *Ulp.* XXVIII, 7. l. 96. §. 1. l. 114. §. 2. D. de leg. I. (30.). l. 6. §. 3. D. ad SC. Trebell. (36. 1.). l. 4. §. 17. 20. D. de fideic. libert. (40. 5.). l. 10. D. de div. temp. praescr. (44. 3.). l. 1. §. 1. 2. l. 11. D. de jure fisci (49. 14). *Cod.* VI, 62. De heredit. decurion. l. 20. cod. de episc. (1. 3.). *Nov.* 131. c. 13. *Cod.* X, 14. Si liberalitatis imper. socius etc.

§. 441.

In Ermangelung aller Intestaterben ist der Nachlaß als erbloses Vermögen (bona vacantia) dem Fiscus deferirt. Dieser, obgleich nicht Erbe, steht als Universalsuccessor demselben im Ganzen doch rechtlich gleich; er kann annehmen, oder wenn ihm die Annahme nicht vortheilhaft ist, ausschlagen. Im ersten Falle haftet er an sich wie ein Erbe auch für alle Schulden und hat die Vermächtnisse zu entrichten; im zweiten Fall ist über die bona vacantia der Concurs zu eröffnen. Unter Umständen hat aber der Fiscus keinen Anspruch auf den Nachlaß, wenigstens nicht auf den ganzen. Dieser fällt nämlich, und zwar im Allge-

meinen in derselben Weise, an die legio oder vexillatio, an die curia, an das naviculariorum oder fabricensium corpus, an das Kloster oder die Kirche, zu welchen der Verstorbene als Soldat, Decurio, navicularius oder fabricensis und endlich als Mönch oder clericus gehört hatte. Wer ferner mit einem erblos Verstorbenen zusammen vom Kaiser ein Geschenk empfangen hat, erhält mit Ausschluß des Fiscus und der genannten Collegien jenen Theil des Geschenkes, auf welchen er den Verstorbenen beschränkt hatte, als Singularsuccessor.

Drittes Capitel.

Erbfolge gegen ein Testament.

Einleitung.

§. 442.

Wie die Römer überhaupt den Willen des Erblassers rücksichtlich der Succession in seinen Nachlaß zu allen Zeiten ehrten, so war auch derselbe ursprünglich materiell unbeschränkt, und die ersten Beschränkungen selbst beziehen sich theils nur auf die Form, theils waren sie nichts weiter als eine Auskunft, wie der wahrscheinliche Wille mit dem ausgesprochenen ausgeglichen werden könnte, und sind deßhalb mehr Begünstigungen des Erblassers als der Intestaterben. An die Stelle dieser Auskunft trat freilich später eine materielle Beschränkung nach der andern, bis zuletzt Justinian durch die räthselhafte Novelle 115 in hohem Grade ungewiß gemacht hat, was als neuestes Recht gelte. Deßhalb ist es wohl am Besten, das vor der Novelle geltende Recht in seinem ganzen Zusammenhange darzustellen, und dann erst den Inhalt dieser Verordnung getreu zu referiren, wodurch sich das bestrittene Verhältniß derselben zum ältern Rechte finden lassen wird. Da übrigens auch bei der Erbfolge gegen ein Testament von jeher das Recht des Freigebornen von dem des Freigelassenen verschieden war, so müssen die Grundsätze für beide wohl geschieden werden. —

I. Succession gegen das Testament eines Freigebornen.

A. Recht vor der Nov. 115.

1. Formelle Beschränkung des Erblassers.

a) Nach dem Civilrechte.

Caj. II, 123. 124. 127. 128. 130-134. 136-143. *Ulp.* XXII, 14-22. XXIII, 2. 3. *Paul.* III, 4 *b.* §. 8—10. *Inst.* II, 13. De exhered. lib.. II, 17. Quib. mod. test. infirm.. *Dig.* XXVIII, 2. De lib. et postum. her. inst., vel exher.. XXVIII, 3. De injusto, rumpto, irrito facto test.. *Cod.* VI, 28. De lib. praeter., vel exhered.. VI, 29. De postum. hered. inst., vel exhered., vel praeterit..

§. 443.

Die älteste und bloß formelle Beschränkung des Testator hinsichtlich der Person des Erben, welche nach dem Charakter des ältern Civilrechts nur auf das juristische Band der patria potestas Rücksicht nimmt, und wohl von der Möglichkeit, einen postumus im Testament zu vergessen, ausgeht, aber bald auch auf alle zur Zeit des Todes in der Gewalt des Erblassers befindliche Personen ausgedehnt wird, hatte bis auf die Zeit Justinians vielfache Modificationen erfahren, und wurde von diesem Kaiser zuletzt dahin bestimmt, daß der Testator alle Personen, welche sich bei seinem Tode in seiner väterlichen Gewalt befinden, oder doch befinden würden, wenn sie schon geboren wären, vorausgesetzt, daß sie durch den Tod des Erblassers sui juris werden, entweder zu Erben einsetzen, oder mit bestimmter Bezeichnung der Person von der Erbschaft ausschließen solle (exheredem scribere). Thut der Testator keines von Beiden, sondern übergeht er diese Personen mit Stillschweigen (praeterire), oder setzt er sie unter einer nicht rein potestativen Bedingung zu Erben ein, so soll das Testament, wenn schon lebende Personen übergangen sind, von Anfang an nichtig seyn (nullum), wenn ein postumus präterirt ist, durch die Geburt desselben nichtig werden (ruptum); es soll dann, wenn kein älteres gültiges Testament vorhanden ist, Intestaterbfolge eintreten, selbst wenn der Präterirte noch vor dem Vater gestorben wäre. Eine besondere Anfechtung des Testaments ist unnöthig, und die heredita-

tis petitio (§. 468) ist für die Intestaterben begründet, als wenn nie ein Testament vorhanden gewesen wäre. Der Soldat ist gegen diese sg. nullitas antiqui juris in der Art privilegirt, daß er die genannten Personen auch bloß präteriren kann, wenn seine Absicht auf Ausschließung derselben wirklich gerichtet ist.

b) Contra tabulas bonorum possessio.

Caj. II, 125. 126. 129. 135. 136. 147–149. *Ulp.* XXII, 23. XXIII, 6. XXVIII, 2. 3. 5. 6. §. 5. Inst. de exhered. lib. (2. 13.). §. 12. Inst. de hered. quae ab intest. defer. (3. 1.). *Dig.* XXXVII, 4. De B. P. c. t. XXXVII, 5. De legat. praest., c. t. B. Pe. petitâ. *Cod.* VI, 12. De B. P. c. t., quam Praetor liber. pollic..

§. 444.

Wie das prätorische Edict in seinem System überall die emancipirten den zur Zeit des Todes des Erblassers noch in dessen Gewalt befindlichen Personen gleichstellte und zur bonorum possessio berief, dabei aber immer das System des Civilrechts mit dem seinigen umschloß, so wandte es auch die im vorigen Paragraphen gegebenen Grundsätze auf emancipirte und denselben rechtlich gleichstehende Descendenten an, wobei es sich jedoch nicht streng an die Grundsätze des alten Civilrechts anschloß. Justinian hob diese Modificationen dahin auf, daß er jedes Testament, in welchem Descendenten, gleichviel ob männliche oder weibliche, gleichviel ob sie schon das ältere Civilrecht berücksichtigte, oder ob sie nur zur contra tabulas B. P. berufen waren, präterirt seyen, für ungültig erklärte. Die Resultate, welche aus der Verbindung von Justinians Bestimmung mit dem prätorischen Edict gezogen werden müssen, sind nun folgende: I. Berechtigt zur contra tabulas B. P. ist A) der Präterirte, gleichviel ob er suus ist oder nicht; nur darf sich im letztern Falle derselbe in keiner andern väterlichen Gewalt befinden; ist er jedoch aus der andern väterlichen Gewalt, in die er durch adoptio oder arrogatio oder sonst gekommen war, wieder ausgetreten, so hat er Anspruch auf die contra tabulas B. P., zwar nicht gegen den ehemaligen Arrogativ- oder Adoptivvater, wohl aber gegen den leiblichen. B) Der im Testament

zum Erben Ernannte hat für seine Person keinen Anspruch auf die c. t. B. P., wohl aber dann, wenn neben ihm eine andere zu berücksichtigende Person präterirt ist, gleichviel ob diese selbst von ihrem Anspruche Gebrauch macht oder nicht (si alius committat edictum). C) Der im Testament Exheredirte hat weder für sich, noch, weil eine andere zu berücksichtigende Person neben ihm präterirt ist, einen Anspruch auf die c. t. B. P. II. Die Wirkung der c. t. B. P. besteht darin, A) daß das Testament im Ganzen ungültig ist, mit Ausnahme 1) der exheredatio; 2) der allenfallsigen pupillaris substitutio, es müßte denn der substitutus selbst Gebrauch von der c. t. B. P. machen; 3) der dem substitutus auferlegten Vermächtnisse, wenn die pupillaris substitutio gültig bleibt; 4) einiger andern Vermächtnisse, nämlich a) solcher, wodurch entweder Ascendenten oder Descendenten honorirt werden, welchen auch Erbeseinsetzungen dieser Personen gleichgestellt sind; wobei jedoch in beiden Fällen die Quantität Alles dessen, womit Ascendenten und Descendenten honorirt sind, die Virilportion des einzelnen bonorum possessor nicht übersteigen darf *a*); b) solcher, welche hinsichtlich der dos zum Vortheil der Frau oder Schwiegertochter errichtet sind *b*). B) Das Testament ist aber nicht ipso jure ungültig, sondern nur, wenn der dazu Berechtigte die c. t. B. P. agnoscirt. Geschieht dieß nicht, so kann der scriptus heres nicht nur den Cognaten,

---

a) Agnoscirt jedoch ein präterirter suus c. t. B. P., so braucht er jene Virilportion nicht auszuzahlen, und ebenso wenig der präterirte emancipatus, wenn neben ihm ein präterirter suus c. t. B. P. agnoscirt, während der eingesetzte suus oder emancipatus, wenn er in dem Nr. I. Lit. B. angegebenen Falle c. t. B. P. agnosciren will, alle Vermächtnisse ohne Unterschied auszahlen muß, wenn der Präterirte keinen Gebrauch von seinem Rechte auf die c. t. B. P. macht. Ist dagegen Letzteres der Fall, so müssen beide die im Texte erwähnten Vermächtnisse auszahlen, insofern der Präterirte emancipirt war; war er aber suus, nur der Instituirte.

b) Die c. t. B. P. stoßt aber auch allenfallsige mortis causa donationes, und zwar in demselben Maße wie Legate, um. L. 3. pr. l. 5. §. 7. l. 20. D. de leg. praest. (37. 5.).

sondern nach späterem Recht auch den Civilerben gegenüber, secundum tabulas B. P. ansprechen. — Unter den nämlichen Bedingungen, welche das Testament des Soldaten nach dem vorigen Paragraphen vor der Nullität schützen, kann auch dagegen eine B. P. nicht angesprochen werden.

2. Materielle Beschränkung des Erblassers, oder: Von dem sg. Pflichttheile.

Paul. IV, 5. *Inst.* II, 18. *Dig.* V, 2. *Cod.* III, 28. De inofficioso testamento.

Einleitung.

§. 445.

Ausser der bisher erörterten formellen Beschränkung der Testamentsfreiheit bildete sich schon früh auch eine materielle aus. Wenn nämlich der Testator gewisse Personen in seinem Testament nicht bedenkt, so soll es inofficiosum und der Rescission unterworfen seyn, insofern die nicht Bedachten sich darüber beschweren; es soll angesehen werden, als habe es der Testator im Wahnsinne gemacht. Der gewissen Personen gebührende Theil heißt legitima portio (sg. Pflichttheil), die Klage derselben inofficiosi querela s. actio.

a) Berechtigte Personen.

§. 446.

Zur legitima sind berechtigt, wenn sie, im Allgemeinen zur Succession fähig, die nächsten Intestaterben sind, und auch insbesondere im Testament bedacht werden können, I. die Descendenten, gleichviel ob sui oder emancipati, ob schon geborene oder postumi, ob leibliche oder Adoptivkinder — letztere jedoch nur, wenn sie arrogirt oder von einem Ascendenten adoptirt sind, wogegen sie über die Dauer der durch Arrogation oder Adoption entstandenen väterlichen Gewalt gegen die leiblichen Ascendenten das Recht auf die legitima verlieren, nachher aber wieder erhalten. Die Descendenten sind ferner berechtigt, gleichviel ob der Erblasser Agnat oder Cognat, ob er väterlicher oder

mütterlicher Ascendent ist, ob die Mutter sie in der Ehe geboren hat oder nicht, ob sie leibliche oder Adoptivmutter ist. Der sg. minus plene adoptatus ist nicht zur legitima berechtigt. II. Die Ascendenten, und zwar alle jene, gegen welche umgekehrt die Descendenten berechtigt sind, mit Ausnahme der Adoptivmutter. III. Geschwister, und zwar seit Constantin d. Gr. nur vollbürtige und solche halbbürtige, welche den Vater mit dem Erblasser gemeinschaftlich haben, und überhaupt nur dann, wenn der ernannte Erbe eine turpis persona ist. — Sind die genannten Personen im Augenblicke des Todes des Erblassers nicht die nächsten Intestaterben, so existirt für sie kein Recht auf die legitima, und selbst solche nähere Intestaterben, welche nicht zur legitima berechtigt sind, schließen andre, welche dazu berechtigt seyn würden, wenn sie zur Intestatsuccession berufen wären, von der querela aus. Fällt aber der nähere Intestaterbe mit der Klage durch, oder kann oder will er sie nicht anstellen, so wird der nächststehende, wenn er überhaupt einen Anspruch auf die legitima hat, zur querela berechtigt (ut fiat successioni locus — sg. successio in querelam, welche mit dem hier ebenfalls vorkommenden jus accrescendi ja nicht verwechselt werden darf). Vergl. Taf. D. Fig. II. Taf. B. Fig. VI.

b) Größe der legitima portio.

Nov. 18. praef. c. 1. *Nov.* 48. *Nov.* 89. c. 12. §. 3.

§. 447.

Die Größe der legitima portio war früher (nach Analogie der lex Falcidia) auf ein Viertheil Dessen gesetzt, was die Intestatportion betragen würde, wobei auf den Augenblick des Todes des Erblassers zu sehen, der Nachlaß nach Abzug aller Schulden desselben und der Leichenkosten zu berechnen, auch Mehreres vom Testator bei dessen Lebzeiten Erhaltene in die legitima einzurechnen war, nämlich mortis causa donatio, Geschenke, welche unter der Auflage, sie einzurechnen gemacht waren, dos und propter nuptias donatio, sowie der nach der Zeit des Todes des Erblassers anzuschlagende Werth einer von ihm dem Berech-

tigten erkauften militia. Auf welche Weise die legitima dem Berechtigten hinterlassen wurde, war gleichgültig, nur durfte sie mit keiner Auflage beschwert seyn, oder wenn der Testator den Berechtigten oneriren wollte, so mußte die legitima um so viel vermehrt werden, als das onus betrug, wobei das Mehrere unter der Bedingung gegeben werden mußte, daß sich der Berechtigte das onus gefallen lassen wolle. Justinian veränderte die Größe der legitima auf ⅟₂ oder ⅟₃, je nachdem fünf oder mehr, oder vier oder weniger Berechtigte concurriren. Außerdem hatte Justinian schon früher bestimmt, daß ein auf den größern Theil des väterlichen Vermögens zum Erben eingesetztes Kind, welches einem andern, im väterlichen Testament irgendwie mit dem Pflichttheil bedachten Kinde diesen streitig mache und es bis zur Verurtheilung kommen lasse, demselben zur Strafe ein Dritttheil mehr auszahlen müsse, als ihm der Vater zugewiesen hatte. *a*).

c) Von den Rechtsmitteln des zur legitima portio Berechtigten.

A) Begründung und Natur der inofficiosi querela.

§. 448.

Man muß nach dem spätern Rechte wesentlich drei Fälle unterscheiden: I. Der Testator hat den Berechtigten so sehr mit Auflagen belastet, daß dieser seine legitima portio nicht frei hat; dann ist die inofficiosi querela nicht zulässig, sondern nach einer Verordnung Justinians sind dergleichen Lasten ipso jure ungültig. II. Der Testator hat den Berechtigten bedacht, aber nicht bis zu seiner legitima portio, dann ist die inofficiosi querela ebenfalls nicht begründet, sondern der Berechtigte kann nur darauf dringen, daß ihm die portio ergänzt werde (de repletione quaestio — sg. actio de supplenda legitima), und wenn er Dieß bei der Annahme des Hinterlassenen nicht gleich gethan hat, so schadet es ihm nicht. III. Der Testator hat ihn gar nicht bedacht oder exheredirt; dann steht ihm die

a) L. 35. pr. cod. h. t. (3. 28.)

inofficiosi querela zu. Diese inofficiosi (sc. testamenti) querela s. actio ist eine bloße Unterart der hereditatis petitio, und wird bloß in subsidium und insbesondere vorausgesetzt, daß das Testament nicht nullum oder ruptum ist, oder der c. t. B. P. unterliegt, gegen den Testamentserben angestellt. Ihre Folge, wenn sie durchgesetzt wird, ist vollständige oder theilweise Rescission des Testaments und Eröffnung der Intestaterbfolge. Deßhalb ist die Klage gegen Denjenigen nicht wirksam anzustellen, welcher nicht Mehr von dem Erblasser besitzt, als ihm als Intestaterben gebühren würde. Mit der Rescission des Testaments fallen alle Dispositionen; schon ausgezahlte Vermächtnisse werden mit der indebiti condictio zurückgefordert, und selbst die sg. Codicillarclausel, welche dem Testament allenfalls angehängt ist (§. 419), hat keine Wirkung. Doch bleiben Vermächtnisse in Kraft, wenn der Testamentserbe den Proceß bloß durch seine Nachlässigkeit verloren hat, oder wenn es dem Kläger nur gelingt, einen Theil des Testaments umzustoßen, indem er gegen einen eingesetzten Erben gewinnt, gegen einen andern aber verliert, wo dann die diesem auferlegten onera in Kraft bleiben; ebenso wenn einer der eingesetzten Erben zugleich Intestaterbe ist. Auch bleiben Pupillarsubstitutionen und im Testament direct angeordnete Manumissionen in Kraft, wenn dasselbe nur theilweise umgestoßen wird. Indessen können die Legatare auf Theilnahme am Proceß Anspruch machen, wenn sie einen Verdacht wegen Collusion zwischen dem Kläger und Beklagten haben. Endet ein Vergleich den Proceß, so bleibt das Testament ebenfalls gültig. Der Verlust des Processes hat für den Kläger, der ihn bis zum Urtheil fortgesetzt hat, die Folge, daß er nun als indignus Nichts aus dem Testament *a*) erhalten kann, sondern das ihm Hinterlassene an den Fiscus fällt; nur muß er in eignem Namen, nicht z. B. als tutor, geklagt haben.

---

a) Eine mortis causa donatio verliert er nicht. l. 5. §. 17. D. de his quae ut indign. (34. 9.).

B) Fälle, in denen die inofficiosi querela nicht statt findet oder wegfällt.

§. 449.

In manchen Fällen findet die inofficiosi querela von Anfang an nicht statt, wo sie nach allgemeinen Grundsätzen begründet wäre, in manchen fällt sie später weg. I. Jenes ist der Fall, A) wenn der Testator aus gutem Grunde den Berechtigten ausschließt. Im ältern Rechte war die Beurtheilung, ob der Grund triftig sey, dem Richter überlassen; im Allgemeinen hatte der Kläger sein gutes Betragen nachzuweisen, während dem Beklagten frei stand, einen speciellen Ausschließungsgrund darzuthun. B) Wenn der Testator den Berechtigten in der guten Absicht, dessen Bestes zu befördern, übergieng oder ausschloß. C) Wenn die Präterition eines Kindes die Folge unvermeidlicher Umstände ist, wo der Präterirte mit dem Eingesetzten gleiches Recht erhält, wenn dieser auch ein Kind ist. D) Gewisse Personen sind gegen die inofficiosi querela privilegirt, nämlich 1) der Soldat; 2) der filiusfamilias, soweit er über sein castrense oder quasi castrense peculium testirt; 3) der Vater, welcher in der pupillaris substitutio die zur legitima portio Berechtigten umgeht. II. In der Folge fällt die Klage weg A) durch Anerkennung des Testaments von Seiten des Berechtigten, mag er diese zu erkennen geben wie er immer will; nur muß es in eignem Namen, nicht etwa als Tutor, geschehen. B) Durch Verjährung in fünf Jahren, welche erst vom Augenblicke des Erbschaftsantrittes gerechnet werden; jedoch soll sich der eingesetzte Erbe binnen sechs Monaten oder einem Jahre, je nachdem er sich mit dem Berechtigten in derselben Provinz befindet oder nicht, erklären, ob er antreten wolle. C) Durch den Tod des Berechtigten, ehe er die Klage angestellt oder präparirt, oder wenigstens zur Vorbereitung derselben (litis ordinandae gratia) bonorum possessio agnoscirt hat. Ist die Klage angestellt oder wenigstens präparirt, so geht sie auf die Erben des Berechtigten über, was auch dann stattfindet, wenn der vom Vater exheredirte Sohn stirbt, ehe der eingesetzte Erbe angetreten hat.

d) Von der inofficiosa donatio und dos.

Cod. III, 29. De inoff. donationib. III, 30. De inoff. dotib. *Nov.* 92.

§. 450.

Gegen die Regel, daß bei Berechnung der legitima portio auf den Augenblick des Todes des Erblassers zu sehen sey (§. 447), wird dann eine Ausnahme gestattet, wenn der Erblasser bei seinem Leben sein Vermögen durch Schenkungen und Dotirungen so bedeutend schmälerte, daß die legitima portio dadurch verringert wird. Eine solche Schenkung, gleichviel ob inter vivos oder mortis causa, heißt inofficiosa donatio, und eine solche dos — inofficiosa dos. In einem solchen Falle wird das Vermögen nach dem Zeitpuncte jener donatio oder bestellten dos berechnet, und diese werden so weit umgestoßen, als sie inofficios sind (sg. querela inofficiosae donationis oder dotis).

B. Von der Novelle 115.

Nov. 115. c. 3. 4. 5. pr. *Nov.* 123. c. 41.

§. 451.

Das bisher, von §. 443—450, vorgetragene Recht galt bis zur *Nov.* 115. In dieser Novelle verordnet Justinian unter Anderm, nicht hieher Gehörigen, hinsichtlich der Ascendenten und Descendenten Folgendes: I. Es soll den Ascendenten nicht mehr erlaubt seyn, selbst wenn sie denselben die legitima portio, sey es auf welche Weise immer, zugewandt haben, einen filius oder eine filia oder andere Kinder zu präteriren oder zu exherediren, wenn diesen nicht eine ingratitudo nachgewiesen werden kann, und die Eltern die Art der ingratitudo in ihrem Testament nicht namentlich angeführt haben. Dabei sind vierzehn Gründe als die allein triftigen angegeben, und nur wenn irgend einer dieser Gründe im Testament genannt ist, auch der scriptus heres die Wahrheit desselben beweisen kann, soll das Testament gültig seyn (suam habere firmitatem). Ist hiegegen in Etwas gefehlt, so soll den exheredirten Kindern kein Nachtheil aus dem Testament erwachsen; vielmehr soll es hinsichtlich der Erbeseinsetzungen evacuirt werden, und die Kinder sollen zur Intestat=

erbfolge berufen seyn. Aller übrige Inhalt des Testaments soll dagegen in Kraft bleiben und so behandelt werden, als ob das Testament nicht rescindirt sey. II. Aehnliches, nur mit einiger Unterscheidung, gilt von dem Testament der Descendenten. Diese sollen ebenfalls ihre Ascendenten nicht präteriren, oder ganz von ihrem Nachlasse ausschließen, wenn sie nicht einen von den in der Novelle angegebenen acht Gründen speciell anführen. Beweis't der eingesetzte Erbe die Wahrheit des Grundes, so bleibt das Testament gültig. Ist im Testament etwas hiegegen verfehlt, oder kann der Erbe die Wahrheit des Grundes nicht erweisen, so soll das Testament hinsichtlich der Erbeseinsetzung keine Kraft haben; es soll rescindirt und die Intestaterbfolge eröffnet werden, wogegen der übrige Inhalt aufrecht zu erhalten ist. Alles, was andere Gesetze hinsichtlich der Vermächtnisse und des übrigen Testamentsinhaltes ausser der Erbeseinsetzung dieser Verordnung entgegen verfügen, soll aufgehoben seyn. — Wenn übrigens Ascendenten und Descendenten zu Erben eingesetzt sind, sey es auch nur auf einzelne Sachen, so soll das Testament keineswegs aufgehoben werden; vielmehr soll, wenn die legitima portio nicht vollständig gegeben ist, dieselbe nach den übrigen Gesetzen ergänzt werden. Auch verordnete Justinian später in *Nov.* 123. c. 41., daß ein der Ausschließung wegen eines der in der Novelle 115 angegebenen Gründe Verfallener nicht ausgeschlossen werden dürfe, wenn er ins Kloster gienge. — Fragen wir nun nach dem Verhältnisse der Novelle 115 zum früheren Rechte, so ist durch dieselbe das frühere Recht keineswegs aufgehoben, sondern nur modificirt, und zwar hat bloß die inofficiosi querela der Descendenten und Ascendenten eine Aenderung erlitten *a*). Auch ist keineswegs, wenn gegen die

a) Die Nov. 123. c. 19, welche den Klerikern ihr Vorrecht, allen Erwerb als quasi castrense peculium zu haben bestätigt, aber zugleich ausdrücklich den De- und Ascendenten derselben ihr Recht auf eine legitima sichert, beweis't, daß in der Nov. 115 den Haussöhnen, welche über ein castrense peculium testiren, ihr früheres Privilegium (§. 449. I. D. 2.) genommen ist.

neuern Vorschriften der Novelle gefehlt ist, das Testament ipso jure null, sondern es muß rescindirt werden; Dieß geschieht aber durch die inofficiosi querela, und diese ist selbst dann begründet, wenn zwar die legitima portio hinterlassen, aber die Berechtigten nicht zu Erben eingesetzt sind. Da ausdrücklich zwischen praeterire und exheredem scribere unterschieden ist, so gelten die alten Unterschiede, wie sie §. 443. 444 angeführt sind, noch nach der Novelle, nur muß auch bei der Präterition einer der gültigen Gründe genannt seyn. Sind die Vorschriften des ältern Rechts verletzt, so wirft die querela oder c. t. B. P. das Testament seinem ganzen Inhalte nach um; sind die Vorschriften der Novelle verletzt, so wirft die querela nur die Erbeseinsetzung um, das Testament wird durch dieselbe evacuirt. Hinsichtlich der Geschwister ist in der Novelle gar nichts verändert. Dieses Resultat ergiebt sich hauptsächlich aus der höchst zufälligen Veranlassung dieser lex nova.

II. Succession gegen das Testament eines Freigelassenen.

Caj. III, 40—54. *Ulp.* XXIX. *Paul.* III, 2. *Inst.* III, 7. (8.). De successione libertor. *Dig.* XXXVIII, 2. De bon. libert. XXXVIII, 5. Si quid in fraud. patroni fact. sit. *Cod.* VI, 4. De bon. libert. et jure patron.. 5. Si in fraud. patroni a libert. alienat. facta sit. 13. De B. P. contra tab. liberti, quae patronis liberisque eor. datur.

§. 452.

Da ohne Zweifel das hinsichtlich der Freigebornen geltende Recht auch auf das Verhältniß der Descendenten und Ascendenten zum Freigelassenen angewandt werden muß, so braucht hier nur von der Succession des patronus und der patrona die Rede zu seyn. Nach dem Justinianischen Rechte muß man lediglich auf die Größe des Vermögens sehen, welches der libertus hinterläßt. I. Beträgt dieses Vermögen weniger als 100 aurei, so hat der patronus oder die patrona gar keinen Anspruch, im Testament des libertus bedacht zu werden. II. Beträgt das Vermögen Mehr als 100 aurei, so sind der patronus und die patrona, so

wie ihre Kinder wiederum von jedem Anspruche ausgeschlossen, wenn leibliche Descendenten den libertus beerben *a*). Ist Dieß aber nicht der Fall, so können sie (die Kinder jedoch nur bis zum fünften Grade) c. t. B. P., aber nur auf ein Dritttheil der Erbschaft agnosciren. Dieses erscheint daher als eine legitima portio des patronus, der patrona und ihrer Kinder. Nimmt nun der libertus Veräusserungen unter Lebenden vor, um diesen Theil dem Patron u. s. f. zu verkürzen, so steht diesem die Faviana actio zu, wenn der libertus mit einem Testament stirbt, sonst die Calvisiana actio, und zwar in beiden Fällen auf die Hälfte des Veräusserten. Hat der libertus aber veräussert, um weniger als 100 aurei zu hinterlassen, so ist die ganze Veräusserung nichtig. Sind die zu jener legitima Berechtigten nicht hinlänglich bedacht, so wird das Fehlende ergänzt. Ist das Gegebene durch Bedingungen oder Zeitbestimmungen beschwert, so werden diese als nicht hinzugefügt angesehen. Sind andre Lasten auf das Gegebene gelegt, so werden diese von der legitima abgenommen und auf die übrigen ²/₃ übertragen, weil diese der Testator belasten kann. — Von ähnlichen Rechten des patronus, der patrona und ihrer Kinder an dem Nachlasse der Descendenten des Freigelassenen ist nirgends die Rede. —

Dritte Abtheilung.

Von dem Erwerbe deferirter Verlassenschaften.

Einleitung.

§. 453.

Nachdem bisher von der Art und Weise die Rede war, wie Jemand zu einer Verlassenschaft berufen seyn könne, so muß nun die von der ersten Frage wohl zu unterscheidende beantwor-

---

a) Gültig ausgeschlossene Descendenten stehen dem Patron nicht im Wege.

tet werden, wie die deferirte Verlassenschaft erworben werde. Beides kann in verschiedene Zeitmomente fallen, und dann ist die Verlassenschaft in der Zwischenzeit ohne Herrn (hereditas jacet) *a*), stellt aber die Person des Verstorbenen vor, und kraft dieser Fiction bleiben alle Rechtsverhältnisse in ihrer vorigen Gestalt, ja die Verlassenschaft kann Subject von neuen Rechtsverhältnissen werden, nur nicht auf eine Weise, zu welcher eine bestimmte Handlung erforderlich ist. Jedoch muß von der Obrigkeit ein curator bonorum aufgestellt werden. Jene Fiction sowohl als diese cura hört auf, sobald der Erbe die Erbschaft antritt, und das Verhältniß wird nun so betrachtet, als ob der Erwerb der Erbschaft im Augenblicke des Todes des Erblassers geschehen wäre *b*).

Erstes Capitel.

Von dem Erwerbe selber.

I. Erwerb der Erbschaften.

A. Erwerb der sg. Universalsuccession.

1. Der hereditas.

Caj. II, 152—173. *Ulp.* XXII, 24—33. *Coll.* XVI, 3. *Inst.* II, 19. De hered. qualit. et differentia. §. 5. Inst. de hered. quae ab intest. (3. 1.). *Dig.* XXIX, 2. De adquirenda vel omitt. hered. *Cod.* VI, 30. De jure delib., et de adeunda, vel adquir. hered.

§. 454.

Ist Jemand nach dem Civilrechte zur Succession berufen, so macht es einen bedeutenden Unterschied, ob er im Augen-

---

a) L. 13. §. 5. D. Quod vi aut clam (43. 24.). l. 1. pr. D. de successorio edicto (38. 9.).

b) §. 2. Inst. de hered. inst. (2. 14.). l. 34. 61. pr. D. de adquir. rer. dom. (41. 1.). l. 3. D. de curat. furios. (27. 10.). l. 8. D. quib. ex caus. in possess. (42. 4.). l. 1. §. 4. D. de munerib. et honorib. (50. 4.). l. 22. D. de reb. auct. jud. possid. (42. 5.).

blicke des Todes des Erblassers in der Gewalt desselben steht, oder nicht. I. In jenem Falle erwirbt er die Erbschaft ipso jure im Augenblicke, wo sie ihm deferirt ist, auch wider sein Wissen und Wollen (vergl. jedoch §. 477). Hierher gehört der mit der Freiheit eingesetzte Sclave (necessarius heres), und das Hauskind, welches, wenn zwischen ihm und dem Hausvater kein Anderer in der Mitte steht, suus et necessarius heres heißt. II. Befindet sich der nach Civilrecht berufene Erbe im Augenblicke des Todes des Erblassers nicht in dessen Gewalt, so heißt er extraneus heres, und da der Erwerb der Erbschaft nur von seinem Willen abhängt, so heißt er auch voluntarius heres. Diesen Willen muß er erklären, was er sowohl durch Handlungen kann als durch Worte. A) In jenem Falle heißt die Handlung, aus welcher der Wille, die Erbschaft zu erwerben geschlossen wird, pro herede gestio. B) Die ausdrückliche Erklärung, welche früher, wenn sie auf feierliche Art geschah, cretio hieß, heißt hereditatis aditio. — Die Erbschaftsantretung, also eben sowohl die pro herede gestio als die hereditatis aditio, erfordert: 1) daß die Erbschaft deferirt sey; 2) die Wissenschaft des Erben, daß und wie er berufen sey; 3) die Fähigkeit, Erbe zu werden; 4) daß die Erbschaft ebenso angetreten werde, wie sie deferirt ist, also nicht theilweise, nicht unter Bedingungen und Zeitbestimmungen. Die theilweise Antretung wird als vollständige angesehen, und Bedingungen und Zeitbestimmungen machen die Antretung ungültig. 5) Abwesenheit von Zwang, Betrug und Irrthum, wiewohl diese die Antretung selber nicht ungültig machen. Der Gezwungene erhält in integrum restitutio, der Betrogene bedient sich der doli actio und exceptio. Der Irrthum über die eigne Person, wenn er nicht den status betrifft, kommt gar nicht in Betracht, ebenso wenig der Irrthum über die Größe des Erbtheils, oder über eine Bedingung der Erbeseinsetzung, wohl aber Unwissenheit über die geschehene Berufung oder über die Art derselben.

2. Der bonorum possessio.

Ulp. XXVIII, 10. 11. §. 4. in fin. 5. 6. Inst. de B. P. (3. 9. [10.]) l. 1. §. 1—4. D. de jur. et fact. ignor. (22. 6.). l. 5. §. 3. l. 9. 10. D. de B. P. (37. 1.). l. 5. D. unde cogn. (38. 8.). l. 1. pr. §. 8–10. 13—16. D. de success. ed. (38. 9.). l. 2. 3. 4. §. 1. D. quis ordo in poss. serv. (38. 15.). *Cod.* VI, 9. Qui admitti ad B. P. poss. et intra quod tempus.

§. 455.

Beim Erwerbe der B. P. kommt ein Unterschied zwischen suus und extraneus nicht vor; er ist immer freiwillig. Die Erklärung, die angetragene B. P. annehmen zu wollen, heißt agnitio. Sie erfordert 1) keine bestimmte Form, muß aber 2) auch nach neuerm Rechte vor dem Gerichte geschehen, freilich nicht mehr vor dem magistratus populi romani. Sie muß 3) von Ascendenten und Descendenten in einem Jahre, von Andern in hundert Tagen geschehen, welche Fristen aber erst von dem Augenblicke laufen, in welchem der Berufene den Anfall erfährt. Auch darf sie 4) in keinem Falle mehr vor dem Augenblicke geschehen, in welchem der B. possessor gerufen ist. 5) Hinsichtlich des Irrthums gilt nichts Besonderes. Rusticitas und absentia sind Entschuldigungsgründe.

3. Der fideicommissaria hereditas.

L. 63. pr. D. ad SC. Trebell. 36. 1.).

§. 456.

Der Erwerb der fideicommissaria hereditas richtet sich ganz nach den Regeln über den Erwerb der Vermächtnisse (§. 459); er wird vollendet durch die Auslieferung an den Fideicommissar, und dieser erwirbt das Eigenthum aller in dem restituirten Theile befindlichen Sachen, auch ohne Besitzergreifung derselben, ipso jure (vergl. §. 459).

B. Erfordernisse in der Person des Erwerbenden.

§. 457.

Auch nach neuestem Rechte ist bei der Antretung der hereditas in der Regel nur eine sg. nothwendige Repräsentation,

keine freie, möglich. Dagegen kann die B. P. durch jede Art von Stellvertretern agnoscirt werden, und ebenso kann die Restitution der fideicommissaria hereditas an den freien Stellvertreter geschehen *a*). Wer aber eine hereditas antreten, eine B. P. agnosciren, und eine fideicommissaria hereditas erwerben will, muß von fremder Auctorität unabhängig und zur Zeit der Antretung seines Verstandes mächtig seyn, auch über sein Vermögen überhaupt disponiren können. Betrachten wir die einzelnen Fälle einer Abhängigkeit näher, so sind sie Herreugewalt, patria potestas, tutela und cura. Was nun I. den servus betrifft, so erwirbt er nie für sich, sondern nothwendig für seinen Herrn, ausgenommen, wenn er selber zum Erben gültig eingesetzt ist. Deßhalb kann er auch ohne vorausgehenden Befehl oder nachfolgende Genehmigung des Herrn nicht erwerben. Ist der Sclave selbst eingesetzt, so erwirbt auch der Herr nur durch ihn, daher muß sich der Sclave zum Erwerbe verstehen, und die Fristen der B. P. laufen erst von der Wissenschaft des Sclaven *b*). II. Der filiusfamilias stand nach dem ältern Rechte dem Sclaven gleich. Im neuern verhält es sich anders. Sowohl der Vater als der Sohn erwirbt durch die Antretung u. s. w., jener den usufructus, dieser die Proprietät; darum müssen Beide zum Erwerbe einwilligen. Weigert sich Einer von Beiden, so kann der Andere allein erwerben, und der sich Weigernde hat keine Rechte an dem Erworbenen; nur muß sich in diesem Falle der minderjährige Sohn einen Curator zur Verwaltung der Verlassenschaft erbitten. Ist der Sohn zur Zeit des Erwerbes infans oder abwesend, so kann der Vater für ihn erwerben, der Sohn aber kann später in integrum restitutio gegen den Erwerb nach-

---

a) L. 48. 90. pr. D. de acquir. vel omitt. her. (29. 2.). l. 3. §. 7. D. de B. P. (37. 1.). l. 54. pr. D. de A. R. D. (41. 1.). l. 24. D. rat. rem hab. (46. 8.).

b) *Caj.* II, 185—190. *Ulp.* XIX, 19. XXII, 7—19. §. 3. Inst. per quas personas cuique adquir. (2. 9.). l. 30. §. 7. l. 79. D. de adquir. vel omitt. hered. (29. 2.). l. 65. pr. D. ad SC. Treb. (36. 1.).

suchen, wodurch die Verlassenschaft an den Vater fällt. Stirbt der Sohn als infans, ehe sich der Vater erklärt hat, so kann dieser noch für sich erwerben *c*). III. Der Pupill bedarf immer der tutoris auctoritas zum Erwerbe; doch kann der Tutor einseitig erwerben, wenn der Pupill noch infans oder abwesend ist *d*). IV. Minderjährige und erklärte Verschwender bedürfen der Einwilligung des curator. Für den furiosus muß nach neuerem Rechte der Vater oder Curator interimistische B. P. nachsuchen und die Verlassenschaft einstweilen verwalten. Kommt später der furiosus zu sich selbst, so muß er sich erklären; stirbt er aber im Wahnsinn, oder erklärt er sich nicht, oder schlägt er aus, so sind die in diesem Augenblicke Nächsten nach ihm berufen *e*). —

C. Eröffnung des Testaments.

Paul. III, 5. IV, 6. *Dig.* XXIX, 3. Test. quemadm. aperiant., inspiciant. et describantur. 5. De SC. Silaniano et Claud. etc. *Cod.* VI, 32. Quemadm. test. aper. etc. 35. De his quib., ut indignis hered. auferant., et ad SC. Silan..

§. 458.

Damit insbesondere der durch Testament Berufene die Erbschaft erwerben könne, ist Eröffnung des Testaments (apertura) nothwendig. Wer bei der Eröffnung interessirt ist, kann sie sofort nach dem Tode des Testator verlangen. Hat jedoch der Testator die Eröffnung einzelner Theile hinausgeschoben, so kann diese nicht gefordert werden. Sie geschieht, wenn ein Privattestament hinterlassen ist, durch die Obrigkeit, welche die Zeugen

c) L. 25. §. 4—15. l. 26. D. de adquir. vel omitt. her. (29. 2.). l. 18. pr. §. 4. cod. de jure deliberandi (6. 30.). l. 8. pr. §. 1—3. cod. de bonis quae liberis (6. 61.).

d) §. 1. Inst. de auct. tut. (1. 21.). l. 9. D. de adquir. vel omitt. her. (29. 2.). l. 7. §. 1. D. de B. P. (37. 1.). l. 7. cod. qui admitti ad B. P. poss. (6. 9.). l. 18. §. 2. cod. de jure delib. (6. 30.).

e) L. 5. §. 1. D. de adquir. vel omitt. her. (29. 2.). *Dig.* XXXVII, 3. De B. P. furioso, infanti etc. competente.

vorladet, damit sie, im Fall eines schriftlichen Testaments ihre Siegel recognosciren können, oder im Fall eines mündlichen, abgehört werden. Besteht die Eröffnung in einem Vorlesen des schriftlichen Testaments (recitatio), so können die Interessenten Abschrift verlangen, und über den ganzen Vorgang soll ein Protokoll aufgenommen werden. Die Eröffnung eines öffentlichen Testaments fordert nur Einsicht des Protokolls, welches über den Willen des Testator aufgenommen war. — Ist der Erblasser gewaltsam ermordet worden, so soll nach dem SC. Silanianum, Claudianum und Pisonianum die Eröffnung des Testaments nicht eher vorgenommen werden, auch der Erbe überhaupt nicht eher antreten, als bis die Untersuchung über den Mord vollendet ist; ist dagegen die Ermordung ohne Gewalt geschehen, so kann das Testament zwar eröffnet werden, und der Erbe kann überhaupt antreten, muß aber nach dem prätorischen Edict den Mord rächen zu wollen sich anheischig machen. —

II. Erwerb der Vermächtnisse.

Caj. II, 101. 195. 200. 204. *Ulp.* XXIV, 30. 31. *Paul.* III, 6. §. 7. 12. IV, 1. §. 14. *Dig.* XXXVI, 2. Quando dies leg. vel fideic. cedat. VII, 3. Quando dies ususfr. legati cedat. *Cod.* VI, 51. De caducis tollend. (§. 1. 5. 6.). VI, 53. Quando dies leg. vel. fideic. cedit.

§. 459.

Bei Vermächtnissen muß man wohl den Erwerb des Rechts auf das Vermächtniß (dies legati cedit) von dem Erwerbe des Rechts, das Vermächtniß einzufordern (dies legati venit), unterscheiden. Der erste Erwerb ist wirklich beim Tode des Erblassers, der zweite im Augenblicke, wo der Erbe die Erbschaft antritt. Stirbt der Legatar vor dem zweiten Erwerbe, so geht sein Recht auf das Legat auf seine Erben über; stirbt er vor dem ersten Erwerbe, so bleibt das Legat in der Erbmasse, wenn nicht eine Substitution angeordnet ist oder ein jus accrescendi eintritt, wo in jenem Falle das Recht auf das Legat an den Substituten, in diesem an den collegatarius fällt. Diese Regel hat folgende Ausnahmen: 1) Der erste Erwerb (dies legati cedit)

ist a) auf den Augenblick der Erbschaftsantretung hinausgeschoben, wenn das Legat ein Recht zum Gegenstande hat, welches nicht auf die Erben übergehen kann, wie ein usus fructus legatus oder die libertas legata. b) Wenn das Vermächtniß unter einer Suspensivbedingung oder ex die incerto hinterlassen ist, so ist der erste Erwerb auf den Eintritt der Bedingung oder des Tags hinausgeschoben. 2) Der zweite Erwerb ist hinausgeschoben, wenn das Legat ex die certo und incerto und unter einer Suspensivbedingung hinterlassen ist, indem in diesen Fällen zur Erbschaftsantretung auch noch der gewisse oder ungewisse Tag, so wie die Erfüllung der Bedingung kommen muß, damit das Vermächtniß gefordert werden kann. 3) Ist das Vermächtniß zwar mit einer Zeitbestimmung oder Bedingung versehen, aber nicht der Erwerb des Rechts, sondern nur die Auszahlung des Vermächtnisses vom Eintritte des Tags oder der Bedingung abhängig gemacht, so findet der erste Erwerb sogleich mit dem Tode des Erblassers, der zweite aber erst mit dem Eintritte des Tags oder der Bedingung statt, vorausgesetzt, daß dann auch der Erbe schon angetreten habe. — Eine Willenserklärung des Honorirten ist nicht mehr nothwendig, vielmehr findet nach dem neuesten Rechte der Erwerb immer ipso jure statt.

Zweites Capitel.

Wirkungen des Erwerbes.

I. Allgemeine Pflicht jedes Honorirten zur Erfüllung des letzten Willens.

Nov. 1. c. 1. 4.

§. 460.

Ein jeder durch den Erblasser Honorirte ist verpflichtet, die ihm gemachten gültigen Auflagen zu erfüllen, es müßte denn die Erfüllung, wie bei der Hinterlassung der Freiheit, von selbst eintreten können. Ist der Honorirte hierin säumig, so soll, wenn er ein ganzes Jahr nach dem Erwerbe der Erbschaft oder des Vermächtnisses dem richterlichen Urtheil aus

culpa nicht nachgekommen ist, das ihm unter der nichterfüllten Auflage Zugewandte an andre Personen fallen, welche dann die Rechte und Verbindlichkeiten ihres Vorgängers haben; jedoch müssen diese anderen Personen Caution bestellen, daß sie den Willen des Erblassers vollständig erfüllen wollen. Diese Personen sind in folgender Ordnung gerufen: Zuerst die Substituten, dann die Miterben oder Collegatare nach dem jus accrescendi, hierauf der sg. Universalfideicommissar, und sind Mehrere vorhanden, der am Meisten Bedachte unter ihnen, hiernach die mit einem Vermächtnisse Honorirten, und Derjenige, dem eine mortis causa donatio gegeben ist, nach Diesen die mit der Freiheit bedachten Sclaven nach der Ordnung, wie sie im Testament genannt sind, sodann die Intestaterben, worunter aber die gültig Ausgeschlossenen nicht gehören, nach Diesen Jeder, der will, und endlich der Fiscus. *a*)

II. Besondere Wirkungen der erworbenen Erbschaft.

A. Sg. Repräsentation der Person des Erblassers durch den Erben.

1. Im Allgemeinen.

L. 37. 8. pr. D. de acq. vel omitt. hered. (29. 2.). l. 95. §. 2. D. de solut. (46. 3.). l. 7. cod. de pact. (2. 3.). *Nov.* 48. praef. *Nov.* 115. c. 5. §. 1.

§. 461.

Durch den Erwerb der Erbschaft tritt eine Personeneinheit zwischen dem Erblasser und dem Erben ein. Alle vererbliche Vermögensverhältnisse gehen von Jenem auf Diesen über. Der Erbe ist Gläubiger, wo es der Erblasser, der Erbe ist Schuldner, wo der Erblasser Schuldner war, und die zwischen Erben und Erblasser vorher bestandenen Rechtsverhältnisse, Forderungen und Schulden erlöschen. Durch Justinians Bestimmung ist jedoch der Erbe insofern erleichtert, als ihn die Gläubiger des Erblassers vor den ersten neun Tagen nach dem Tode Jenes

a) Eine eigenthümliche hierher gehörende Bestimmung Justinians in in l. 35. pr. cod. de inoff. test. (3. 28.) siehe in §. 447 a. E.

nicht behelligen sollen, wofür dann auch die Verjährung ihrer Klagen in dieser Zeit stille steht *a*).

2. Modificationen jener Repräsentation.

a) Sg. beneficium inventarii und jus deliberandi.

Caj. II, 162. 163. 167. §. 5. 6. Inst. de hered. qualit. et diff. (2. 19.). *Dig.* XXVIII, 8. De jure deliberandi. *Cod.* VI, 30. De jure delib. etc. (besonders l. 22.). *Nov.* 1. c. 2.

§. 462.

Da durch den Erwerb der Erbschaft aus dem Vermögen des Erblassers und jenem des Erben nur ein einziges wird, so kann der Antritt der Erbschaft für den Erben sehr gefährlich werden, wenn jenes überschuldet ist. Jedoch giebt es nach dem neuesten Rechte zwei Wege zur Vermeidung der Gefahr, das jus deliberandi und das sg. beneficium inventarii, von welchen indessen jenes viel weniger sicher ist als dieses, und nur durch die Verbindung mit diesem die größte Gefährlichkeit verliert. Was nun A) das sg. beneficium inventarii betrifft, so besteht es darin, daß der Berufene, welcher unter bestimmten Förmlichkeiten ein Inventarium über die Erbmasse aufnimmt, womit er in dreißig Tagen, nachdem er den Anfall der Erbschaft erfahren hat, den Anfang machen, und binnen sechzig Tagen, oder wenn die Erbschaftssachen sehr zerstreut sind, binnen einem Jahre fertig seyn muß, zwar nicht mehr die Erbschaft ganz aufgeben, oder den Gläubigern überlassen kann, aber doch folgende bedeutende Vortheile hat: 1) Die Gläubiger und Legatare dürfen ihn während der Aufnahme des Inventariums nicht behelligen, weßhalb auch die Verjährung ihrer Klagen unterdessen stille steht. 2) Er haftet den Gläubigern nur bis zum Bestande der nicht auf seine Gefahr stehenden Erbschaft und kann sie, so wie die Legatare, welchen er die Quarta abziehen darf, ohne Rücksicht auf Privilegien oder Pfandrechte nehmen zu müssen, in der Reihenfolge befriedigen, wie sie sich bei ihm melden, bis die Masse erschöpft

a) Nur Dieß gehört hierher. Die Nov. 115. c. 5. geht aber noch viel weiter.

ist. 3) Die nicht befriedigten Gläubiger können sich, wenn die Masse erschöpft ist, weder an ihn, noch an den Käufer der Erbschaftssachen halten, wenn anders das Kaufgeld für andere Gläubiger oder Legatare verwandt ist. Selbst das Pfandrecht erlischt, und nur wenn nachstehende Gläubiger befriedigt sind, können sich die unbefriedigten bessern an jene mit der hypothecaria actio oder an die Legatare mit der indebiti condictio halten. 4) Der Erbe kann die Kosten des Begräbnisses, der Testamentseröffnung, des Inventars, so wie alle nothwendige Auslagen von der Masse vorabziehen. 5) Seine eigene Forderungen gegen den Erblasser gehen durch die Antretung nicht unter, jedoch steht er hierin jedem andern Gläubiger gleich. 6) Haben Legatare oder Gläubiger einen Verdacht wegen Unterschlagung von Erbschaftssachen gegen den Erben, so dürfen sie nur, wenn ihnen keine andere Beweismittel zu Gebote stehen, demselben den sg. Manifestationseid zuschieben. Wird hingegen die Unterschlagung erwiesen, so muß der Erbe das Doppelte herausgeben. Was B) das jus deliberandi betrifft, so kann an und für sich der Berufene die Erbschaft nach Willkühr ausschlagen oder antreten. Wird er jedoch von den Interessenten gedrängt, so soll er, wenn er sich an den Kaiser oder Richter wendet, eine unerstreckliche Frist, in jenem Falle von einem Jahre, in diesem von neun Monaten zur Ueberlegung erhalten, ob er die Erbschaft antreten oder ausschlagen wolle (jus deliberandi). Erklärt er sich in dieser Zeit nicht, so wird seine Antretung oder Ausschlagung, je nachdem die eine oder die andere für ihn nachtheiliger ist, also jene gegenüber den Gläubigern und Legataren, diese gegenüber andern Erben, angenommen. Tritt er dagegen in dieser Frist die Erbschaft an, so haftet er den Gläubigern des Erblassers in solidum und darf nicht nur die quarta nicht abziehen, sondern muß auch die Honorirten im Nothfalle aus seinem eigenen Vermögen befriedigen; schlägt er aus, so haftet er für die Größe der Erbmasse, wie sie die Gläubiger eidlich bestimmen. Was C) das Verhältniß des sg. beneficium inventarii zum jus deliberandi betrifft, so hat der Berufene nur die Wahl zwischen

beiden. Indessen kann er seine Lage als Deliberant verbessern, wenn er zugleich ein ordentliches Inventarium macht, indem er in diesem Falle zwar bei der Antretung immer noch für die Schulden der Masse in solidum haftet, nicht aber für die Legate, auch den Legataren die quarta abziehen kann, wenn er hingegen ausschlägt, die Gläubiger den Bestand der Masse nicht durch ihren Eid bestimmen können *a*). Zu bemerken ist noch D), daß Justinian überhaupt für die Antretung und Ausschlagung eine Frist von drei Monaten von dem Augenblicke, wo der Berufene den Anfall erfahren hat, setzt. Innerhalb dieser Frist kann er frei ausschlagen und annehmen. Läßt er dieselbe ohne alle Erklärung verstreichen, so wird es angesehen, als habe er die Erbschaft überhaupt sine inventario angetreten.

b) Separatio bonorum.

Dig. XLII, 6. De separationib. *Cod*. VI, 72. De bonis auctoritate judic. possidend. etc., et de separatione bonor..

§. 463.

Eine weitere Modification der sg. Repräsentation des Erblassers durch den Erben ist die separatio bonorum, d. h. das vom Prätor den Erbschaftsgläubigern und Legataren verliehene Recht, die Trennung der Erbmasse von dem Vermögen des Erben zu verlangen, damit des Letztern Gläubiger nicht vor ihnen jene angreifen können. Was nun 1) die Personen betrifft, welche ein Decret zur Separation fordern können, so sind dieß die Gläubiger des Erblassers, selbst wenn ihre Forderungen noch nicht fällig oder sie Miterben sind, ferner die Legatare und Fideicommissare, nicht aber die Gläubiger des Erben *a*). 2) Die Erforderniße sind, daß die Separation binnen fünf Jahren nach dem Antritte der Erbschaft, jedoch ehe die Erbmasse mit dem Vermögen des Erben völlig vermischt oder vom

a) Nur dem Soldaten schadet die Unterlassung eines Inventars niemals positiv, indem er über den Bestand der Erbmasse hinaus nicht haftet. L. 22. §. ult. cod. h. t. (6. 30.).

a) Eine Ausnahme enthält l. 1. §. 6. D. h. t.

Erben bona fide verkauft ist, und nur dann nachgesucht werde, wenn die Gläubiger sich noch nicht mit dem Erben eingelassen haben. 3) Ist durch ein Decret nach vorgängiger Untersuchung das Recht der Separation ertheilt, so haben die Erbschaftsgläubiger und Legatare ein Vorzugsrecht vor den Gläubigern des Erben, ohne Rücksicht auf solche Forderungen der letztern, welche mit Privilegien oder Pfandrechten versehen sind; aber vom Vermögen des Erben sind Diejenigen, welche sich Separation ausgewirkt haben, aber auch nur diese, ganz ausgeschlossen, während sich die Gläubiger des Erben an den nach Befriedigung der Erbschaftsgläubiger und Legatare noch übrig bleibenden Rest der Erbmasse halten können.

B. Verhältniß des Erben zu seinen Miterben.

1. Im Allgemeinen.

§. 4. Inst. de obl. quae quasi ex contr. nasc. (3. 27. [28.]). *Dig.* X, 2. *Cod.* III, 36. Familiae erciscundae. *Cod.* III, 38. Communia utriusque judicii, tam fam. erc. quam communi divid.

§. 464.

Das Verhältniß der Miterben zu einander ist eine Obligation quasi ex contractu (§. 288). Es findet zwischen ihnen eine Gemeinschaft statt, welche ganz nach den allgemeinen Grundsätzen zu behandeln ist. In Ansehung der in der Erbschaft enthaltenen Sachen sind sie Miteigenthümer, die Obligationen aber sind unter ihnen ipso jure getheilt, und ist die Obligation ihrem Gegenstande nach untheilbar, so haften die mehreren Erben in solidum. Setzen sich die Erben gütlich auseinander, so richtet sich die Theilung, nach den Bestimmungen, welche sie treffen *a*). Wird aber der Richter zur Theilung gerufen, so existirt hiefür eine eigne Klage, wovon §. 467.

---

a) Jedoch können diese Bestimmungen der Erben unter sich eben so wenig dritte Personen, z. B. Gläubiger binden, als wenn der Erblasser selbst hierin Bestimmungen getroffen hat. L. 2. §. 5. l. 3. D. famil. ercisc. (10. 2.). l. 69. §. 2. D. de legat. I. (30.).

a. Insbesondere von der Collation.

Dig. XXXVII, 6. De collatione. 7. De dotis collat. *Cod.* VI, 20. De collat. *Nov.* 18. c. 6. *Nov.* 97. c. 6.

§. 465.

Besondere Erwähnung verdient das unter gewissen Verhältnissen vorkommende Recht des Erben, nicht nur den ihm aus dem Vermögen des Erblassers gebührenden Theil, sondern auch einen Theil des Vermögens seines Miterben in Anspruch zu nehmen. Im ältern Rechte konnte dieser Anspruch nur bei der intestati und c. t. B. P. vorkommen, und er gieng darauf, daß 1) die emancipirten Kinder an Allem, was sie, wenn die väterliche Gewalt des Erblassers über sie bis zu dessen Tode fortgedauert hätte, dem Erblasser erworben haben würden, und wodurch sie zur Zeit des Todes des Erblassers noch bereichert waren, zur juristischen Ausgleichung die sui Theil nehmen lassen mußten (conferre, collatio); daß 2) ebenso die sua die dos, welche sie ungeachtet der väterlichen Gewalt in bonis hatte, wenn dieselbe adventitia war, den suis allein, wenn sie dagegen profectitia war, auch den emancipatis zu conferiren hatte. — Durch spätere kaiserliche Verordnungen, welche mehr eine factische als eine juristische Gleichheit zu bewirken suchten, sowie durch die vermehrte Erwerbfähigkeit der in väterlicher Gewalt befindlichen Kinder haben sich im neuesten Rechte folgende Bestimmungen festgestellt: 1) Emancipirte Kinder haben alles von dem Vater Empfangene, so wie den usus fructus Dessen, was, wenn sie noch in der väterlichen Gewalt befindlich wären, sg. adventitium regulare (§. 338) wäre, den suis zu conferiren, wogegen diesen das ihnen vom Vater Geschenkte bei der Vertheilung nicht im Voraus zufällt. 2) Der dos ist nun manches Andere gleichgestellt, indem alle Descendenten sich gegenseitig die von dem zu beerbenden Ascendenten ohne Rücksicht auf väterliche Gewalt in ihr Vermögen gekommene dos, propter nuptias donatio und den Werth einer verkäuflichen militia conferiren. Eine andere Schenkung, welche Justinian im Gegensatze der eben genannten eine simplex

donatio nennt, wird nur dann vom Descendenten conferirt, wenn es der Ascendent befohlen hat, oder wenn der miterbende Descendent, ohne eine simplex donatio erhalten zu haben, eine dos oder propter nuptias donatio zu conferiren hat, der Beschenkte aber nicht. 3) Die Verpflichtung zur Collation findet überhaupt nur für Descendenten gegenüber von Descendenten, nach einer neuern Verordnung Justinians aber auch, wenn der Ascendent nicht ausdrücklich das Gegentheil verordnet hat, bei der testamentarischen Erbfolge, hier aber nur insofern statt, als der zum Erben eingesetzte Descendent auch ohnedieß Intestaterbe gewesen wäre. Hiebei gilt nichts von den für die Intestaterbfolge angegebenen Regeln Abweichendes, daher auch eingesetzte Nichtdescendenten keinen Theil an dem Conferirten haben.

C. Veräusserung der erworbenen Erbschaft.

Caj. II, 34—37. III, 85—87. *Ulp.* XIX, 11—15. *Dig.* XVIII, 4. *Cod.* IV, 39. De hereditate vel act. vend..

§. 466.

Da der Erbe frei über die erworbene Erbschaft disponiren kann, so kann er sie auch veräussern, und über die besondern Verhältnisse muß dann lediglich der obligatorische Act entscheiden, durch welchen die Veräusserung geschieht. Ist nichts Besonderes verabredet, so haftet der Erbe wohl für Eviction der ganzen Erbschaft oder des ganzen Erbtheiles, nicht aber für die Eviction einzelner Erbschaftssachen, und erhält der Erbe ausserdem noch eine andere Portion als Substitut oder durch jus accrescendi, so ist diese in der Veräusserung im Zweifel nicht mitbegriffen. Sind Rechtsverhältnisse durch Personeneinheit zwischen Erbe und Erblasser untergegangen, so müssen sie nach der Veräusserung wieder hergestellt werden; die Kosten, welche der Erbe durch den Erwerb hatte, muß ihm der Käufer oder wer sonst durch die Veräusserung die Erbschaft erwirbt, erstatten. Was der Erbe schon vorher veräussert hatte, muß er ersetzen; und für Das, was er nach dem Contract veräussert, haftet er wie ein negotiorum gestor. Vor der Ver-

äusserung haftet er nur für lata culpa, nachher wie es die Natur des Contracts mit sich bringt. Doch hört der Veräussernde auch nach dem Contract nicht auf Erbe zu seyn, weßhalb für und gegen ihn die Klagen statt finden, wiewohl auch ohne Cession die Klagen vom Erwerber als utiles actiones angestellt werden können *a*).

D. Rechtsmittel des Erben.

1. Gegen Miterben.

Paul. I, 18. §. 3. 4. Inst. de obl., quae quasi ex contr. (3. 27. [28]). §. 4. Inst. de off. jud. (4. 17.). *Dig.* X, 2. *Cod.* III, 36. Familiae erciscundae. 38. Communia utriusq. jud. tam. fam. erc., quam com. div.

§. 467.

Wenn die Theilung der Erbschaft nicht schon vom Erblasser gültig angeordnet, oder unter den Erben gehörig beschlossen ist, so kann Jeder derselben gegen die Uebrigen, und zwar auch der sg. Universalfideicommissar, auf die Theilung dringen, es müßte denn dieselbe vom Erblasser oder von allen Erben auf eine spätere Zeit hinausgesetzt seyn. Die dafür stattfindende Klage ist die familiae erciscundae actio. Der Hauptzweck dieser Klage ist reelle Theilung durch den Richter, der dabei freie Hand hat, und nur so viel möglich dem Willen der Parteien folgen soll. Indessen geht die Klage auch auf persönliche Leistungen, namentlich auf Mittheilung Dessen, was der verwaltende Erbe aus der Verwaltung gewonnen, auf Ersatz des Schadens, welchen ein Erbe der Erbschaft zugefügt, so wie auf den Ersatz der Kosten, welchen die Verwaltung der Erbschaft veranlaßt hat. Der Erbe haftet für levis culpa mit der Modification der diligengentia quam suis rebus (§. 214.).

---

a) Nur gegen den Fiscus finden nach dem Verkaufe der bona vacantia (§. 441.) keine Klagen aus den Schulden des Verstorbenen statt; diese sind vielmehr gegen den Käufer anzustellen. l. 41. D. de jure fisci (49. 14.). l. 1. cod. h. t. Die dem Fiscus vorgehenden Corporationen haben dieses Vorrecht nicht.

2. Gegen Dritte.

a) Hereditatis petitio.

Caj. II, 57. IV, 17. *Paul.* I, 13. B. §. 2. Inst. de off. jud. (4. 17.). *Dig.* V, 3. De hereditatis petitione. 4. Si pars hereditatis petatur. 5. De possessoria hered. pet. 6. De fideicommissoria her. pet. *Cod.* III, 31. De petit. her..

§. 468.

Die dem heres zur Geltendmachung seines Erbrechtes zustehende in rem actio ist die hereditatis petitio s. vindicatio. 1) Kläger ist der Erbe, welcher die Erbschaft erworben hat, gleichviel ob er heres ex asse oder ex parte (sg. partiaria h. p.), ob er Intestat- oder Testamentserbe, und nach der spätern Ausdehnung ob er heres oder bonorum possessor oder fideicommissarius (possessoria, fideicommissaria h. p.) ist *a*). 2) Beklagter ist Jeder, welcher selbst Erbe zu seyn behauptet und entweder Etwas aus dem Nachlaß besitzt, sey es bona fide (pro herede), sey es mala fide (pro possessore, pro praedone), oder Erbschaftsschuldner ist. Ob der Beklagte wahrer Besitzer oder fictus possessor ist, macht keinen Unterschied. 3) Zweck der Klage ist Anerkennung des Erbrechts auf Seite des Klägers und Bestreitung desselben auf Seite des Beklagten *b*), so wie Herausgabe desjenigen Theils des Nachlasses, dessen sich der Beklagte vor der Besitzergreifung durch den Kläger bemächtiget hatte *c*), oder Dessen was er schuldet, aber auch der Accessionen, sowie derjenigen Sachen, welche der Besitzer für die Erbschaft angeschafft hat, sey es mit eignem oder Erbschaftsgelde. Hat der Beklagte Sachen aus der Erbmasse verkauft, so geht die Klage mit auf den Kaufpreis, gleichviel, ob ihn der

---

a) Die Klage steht utiliter auch dem Fiscus (§. 441) und Demjenigen zu, an welchen der Erbe die Erbschaft veräussert hat.

b) Nur unter dieser Bedingung kann die hereditatis petitio auch gegen den coheres angestellt werden. L. 1. §. 2. D. h. t. (5. 4.).

c) Hienach ist auch zu beurtheilen, unter welchen Voraussetzungen gegen den Besitzer die hereditatis petitio und unter welchen die rei vindicatio angestellt werden muß.

Beklagte noch besitzt oder nicht; hat der Beklagte ausstehende Forderungen eingetrieben, so geht die Klage auf den Betrag dieser Forderungen *d*); hat der Beklagte vor der Einleitung des Processes den Besitz wieder verloren, so haftet der m. f. possessor fürs Ganze, der b. f. possessor so weit er noch bereichert ist. Was insbesondre die Früchte betrifft, so muß der m. f. possessor alle, sowohl die gezogenen als die er hätte ziehen können, herausgeben; der b. f. possessor dagegen steht nach der Einleitung des Processes dem m. f. possessor gleich; nur haftet er nicht für die zufällig verlornen Früchte; von den vorher gezogenen muß er die vorhandenen, soweit sie noch nicht usucapirt sind, herausgeben; für die consumirten haftet er nur, soweit er bereichert ist. 4) Hinsichtlich des Beweises hat der Kläger sein Erbrecht darzuthun, und daß der Beklagte den Nachlaß ganz oder theilweise in Besitz genommen habe, oder in die Erbschaft Etwas schulde. 5) Die Gegenforderungen des Beklagten gehen a) auf den Betrag Dessen, was er nicht aus Erbschaftsgeldern auf Anschaffung von Sachen für die Erbschaft verwandt hat; b) auf Dasjenige, was er als Gläubiger zu fordern hat; c) auf die Kosten und Auslagen, und zwar jene, welche er für die zu restituirenden Früchte gehabt hat. d) Die Verwendungen auf die Erbschaftssachen selber hat der b. f. possessor schlechthin aufzurechnen das Recht, selbst wenn die Erbschaft nicht mehr dadurch bereichert ist. Hinsichtlich der nothwendigen steht ihm auch der m f. possessor gleich, während dieser die nützlichen nur in Anschlag bringen kann, wenn der Erbschaft noch Vortheil davon geblieben ist, die voluptuosae dagegen nur wegnehmen darf. 6) Die Klage verjährt nach der Regel, also in dreißig Jahren *e*). —

d) Wegen dieser praestationes personales, auf welche die Klage mit gerichtet ist, heißt sie auch mixta personalis actio. L 7. cod. h. t. (3. 31.).

e) Ueber eine Ausnahme beim Fiscus: l. 10. D. de div. temp. praescr. (44. 3.). l. 1. §. 2. D. de jure fisci (49. 14.).

b) Interdictum quorum bonorum.

Caj. III, 34. IV, 144—146. §. 1. Inst. de B. P. (3. 9. [10.]). §. 3. Inst. de interd. (4. 15.). l. 2. §. 3. D. de interd. (43. 1.). *Dig.* XLIII, 2. *Cod.* VIII, 2. Quorum bonorum.

§. 469.

Ueber dieses Interdict sind die Ansichten heutigen Tages sehr getheilt. Nach §. 378 war es ursprünglich dem bonorum possessor nothwendig, um den Besitz der Erbschaft oder einzelner Erbschaftssachen, deren sich Dritte nach dem alten Zugriffsrechte bemächtigt hatten, zu erlangen. Zu diesem Zwecke mußte der bonorum possessor sein Recht und die Besitzergreifung auf Seite des Beklagten erweisen. Gelang ihm Dieß, so wurde er in Besitz gesetzt, wenn der Beklagte kein besseres Recht nachweisen konnte. Im Justinianischen Recht ist der bonorum possessor dem heres ganz gleichgestellt; mithin ist, da ohnedieß die Interdicte im Justinianischen Rechte von den Actionen sich nicht mehr unterscheiden, durch die hereditatis petitio nicht Mehr zu erlangen, als durch das interdictum quorum bonorum, und ein praktischer Unterschied zwischen beiden Rechtsmitteln möchte kaum nachgewiesen werden können *a*).

c) Sg. provisorische Bonorum possessio.

Paul. III, 1. *Dig.* XXXVII, 10. *Cod.* VI, 17. De Carboniano edicto. *Dig.* XXV, 5. Si, ventris nomine muliere in possessione missa, etc. 6: Si mul. ventr. nom. in possessione calumniae causa esse dicetur. XXXVII, 9. De ventre in poss. mitt. etc. 3. De B. P. furioso etc. competente. l. 7. cod. de cur. fur. (5. 70.). *Paul.* III, 5. §. 14—18. *Cod.* VI, 33. De ed. D. Hadriani toll. et quemadm. script. her. in poss. mitt..

§. 470.

In einigen Fällen ist dem Erben oder bonorum possessor

---

a) Daher mag es sich erklären, wie in die Digesten Justinians ein eigner Titel de possessoria hereditatis possessione gekommen ist, während die in diesem Titel erwähnten Klagen ursprünglich wohl nichts Anderes waren, als die dem bonorum possessor und gegen ihn vom Prätor gewährten fictitiae actiones, welche *Caj.* IV, 34. und *Ulp.* XXVIII, 12 anführen.

interimistisch die Möglichkeit gegeben, den Besitz der Erbschaft zu erhalten, bis entweder der eigentliche Streitpunct entschieden, oder eine Ungewißheit aufgehoben ist. Zu der missio in possessionem ist dann immer ein Decret nothwendig, welches causa cognita gegeben wird, und die hier einschlagenden Fälle gehören deßhalb alle zur decretalis B. P. (§. 378). Als Fälle einer interimistischen missio in possessionem sind nun zu bezeichnen 1) die missio *ex Carboniano edicto*, welche dem impubes gegeben wird, dem ein Dritter sein Erbrecht aus dem Grunde bestreitet, daß er nicht ein Kind des Erblassers sey. Diese missio schiebt den eigentlichen Proceß bis zur Mündigkeit des impubes auf. 2) Die missio *ventris nomine*, welche der schwangern Frau provisorisch, und zwar wenn noch andere gleich Berechtigte vorhanden sind, neben deren Miteinweisung für das Dreifache Dessen gegeben wird, was der postumus, wenn er schon geboren wäre, erhalten würde. 3) Die missio *furiosi nomine*, welche dem Curator eines Furiosus für diesen provisorisch gegeben wird, bis der Furiosus entweder zu Verstande kommt, oder stirbt. Schlägt dieser später die Erbschaft aus, oder stirbt er im Wahnsinne, so tritt eine weitere Berufung ein, und an die dann Berufenen ist die Erbschaft herauszugeben. Die Legatare können indessen vom Curator befriedigt werden, wenn sie Caution bestellen, daß sie das zu Erhaltende, im Falle der furiosus nicht erwerben werde, herausgeben wollen. Muß der Erbe die Erbschaft an den weiter Berufenen herausgeben, so muß er auch die unterdessen vom furiosus gezogenen Früchte erstatten, soweit dieser dadurch bereichert ist; doch kann er die nothwendigen und nützlichen Verwendungen auf die Substanz erstattet verlangen; auch ist von der Berechnung der Masse bei der Herausgabe Dasjenige ausgenommen, was aus derselben für die Nothdurft des furiosus verwandt worden ist, wenn dieser sonst keine Mittel hatte. 4) Das sg. *remedium ex lege ultima codicis de edicto divi Hadriani tollendo*. Wer nämlich ein äusserlich untadelhaftes Testament, worin er zum

Erben ernannt ist, verweis't, wird deßhalb, auch wenn ihm ein Anderer die Gültigkeit des Testaments bestreitet, bis zur Ausmittelung der Wahrheit einstweilen in den Besitz der Erbschaft gesetzt. Da Justinian in der erwähnten lex. ult. cod. Hadrians Beschränkung dieser missio, welche darin bestand, daß der Testamentserbe das Recht auf dieselbe durch einjährige Verjährung verlieren sollte, aufgehoben hat, so erklärt sich hieraus die sonderbare Benennung dieser missio.

III. Besondere Wirkungen erworbener Vermächtnisse.

A. Rechte des Honorirten.

Vergl. die Rubrik bei §. 459. *Caj.* II, 280. *Ulp.* XXV, 12. *Paul.* III, 6. §. 9. 20. 34-91. III, 8. §. 4. IV, 1. §. 15. 17. 18. §. 16–20. Inst. de legat. (2. 20.). l. 63. 89. §. 7. D. de legat. II. (31.). *Cod.* VI, 47. De usur. et fruct. legat. *Dig.* XXXVI, 3. Ut legator. s. fideic. servand. causa cav.. 4. Ut in poss. legator. vel fideic. serv. causa esse lic.. *Cod.* VI, 54. Ut in poss. legat. vel fideic. serv. causa mitt. etc. l. 1. 3. §. 2. cod. commun. de leg. et fid. et de in rem. miss. *tollenda.* (6. 43.). *Nov.* 22. c. 41. *Nov.* 108. c. 2.

§. 471.

Der Honorirte kann den Gegenstand des Vermächtnisses vom Erben fordern, als ob zwischen ihnen eine Obligation ex contractu bestände (quasi contraxissent) *a*). Auch braucht er sich in der Regel nicht mit dem Werthe zu begnügen, sondern der Onerirte hat dem Honorirten die Sache wo möglich selbst zu geben oder zu verschaffen. Veräusserungen durch den Ersten sind ungültig, und dem Honorirten steht nach dem neuesten Rechte immer eine rei vindicatio zu, es müßte denn der Schulden des Testator halber veräussert seyn, oder der Erbe das Daseyn des Vermächtnisses nicht gekannt haben, in welchem Falle der Honorirte sich mit dem Werthe zu begnügen hat. Der Onerirte haftet für levis, wenn er aber nichts für sich behält, nur für lata

a) §. 5. Inst. de obl. quae quasi ex contr. (3. 27 [28]). l. 3. §. 3. l. 4. D. quib. ex caus. in poss. cat. (42. 4.); vgl. §. 288. Not. *a*).

culpa; für den Zufall haftet er nur, wenn er in mora ist. Gleiches Recht wie auf die Hauptsache hat der Honorirte auf die Zubehörungen. Früchte und Zinsen gebühren dem Honorirten erst vom Anfange der mora an, in diesem Fall aber auch die nicht gezogenen, welche hätten gezogen werden können. Hat der Honorirte nach dem Zeitpuncte, ubi dies legati cedit, Klagen erworben, so muß er sie cediren, und die durch die Einheit, welche zwischen dem Vermögen des Erblassers und jenem des Erben eintritt, untergegangenen jura praediorum müssen wiederhergestellt werden. Wegen aller dieser Rechte hat der Honorirte ein gesetzliches Pfandrecht an dem Erwerb, welchen der Onerirte durch seine Succession macht, und ausserdem kann er, wenn das Vermächtniß nicht sofort entrichtet werden kann, vom Onerirten Caution, in der Regel durch Bürgen, verlangen, es müßte denn der Erblasser diese Caution nachgelassen, oder es müßten Eltern an ihre Kinder, oder es müßte der Fiscus Vermächtnisse zu entrichten haben, oder endlich das Vermächtniß müßte liberatio legata seyn. Wird diese Caution, wo sie gefordert werden kann, nicht bestellt, so findet für den Honorirten (legatorum servandorum causa) eine missio in possessionem in den Erbtheil des Onerirten, und nach sechs Monaten eine weitere missio in das eigne Vermögen des Onerirten statt. Die Klagen des Honorirten sind aus dem zwischen ihm und dem Onerirten stattfindenden Obligationsverhältniß eine sg. actio personalis ex testamento (ex testamento actio) auf die Hauptsache und alle Accessionen, der Beklagte mag besitzen oder nicht, und eine hypothecaria actio. Ausserdem stehen ihm die aus der Natur des einzelnen Legats folgenden Rechtsmittel zu.

B. Rechte des Onerirten.

Dig. XXXV, 3. Si cui plus, quam per leg. Falc. lic., legat. esse dic.. XLIII, 3. Quod legatorum. *Cod.* VIII, 3. Quorum legatorum.

§. 472.

Der Onerirte kann vom Honorirten 1) vor Allem Schadloshaltung verlangen, also Abnahme der wegen des Vermächtnisses

übernommenen Verbindlichkeiten, Wiederherstellung der durch Confusion vernichteten Rechte, und Ersatz der auf das Vermächtniß gemachten ausserordentlichen nothwendigen und nützlichen Verwendungen. 3) Auch der Onerirte kann bei Entrichtung des Vermächtnisses, und auch selbst nachher, vom Honorirten dafür Caution durch Bürgen verlangen, daß letzterer künftig das Vermächtniß zurückentrichten werde, z. B. wegen Abzugs der sg. quarta Falcidia. Ausgenommen von dieser Verpflichtung zur Cautionsleistung sind der Fiscus, solche Honorirte, welche nur geringe Alimente erhalten, und solche, welche vom Vermächtnisse nichts behalten dürfen. Befindet sich jedoch der Onerirte in Zukunft in culpa, so verliert er sein Recht auf Restitution, ebenso wenn der Gegenstand des Vermächtnisses ohne culpa des Honorirten zu Grunde geht. Auch steht 3) dem Erben ein eignes adipiscendae possessionis interdictum: *quod legatorum* zu, welches dann stattfindet, wenn der Honorirte vor der Besitzergreifung durch den Erben sich eigenmächtig in den Besitz des Vermächtnisses gesetzt hat, und auf Herausgabe oder Leistung des Interesses gerichtet ist *a*).

Vierte Abtheilung.

Verlust deferirter Verlassenschaften.

Einleitung.

§. 473.

Ausser den Fällen, welche bisher gelegentlich angeführt worden sind, z. B. wenn der Erbe die testamenti factio vor dem Erwerbe verloren hat, wenn das Testament rescindirt worden ist, werden deferirte Erbschaften und Vermächtnisse

a) Hat sich der Honorirte nachher eigenmächtig in Besitz gesetzt, so finden die gewöhnlichen Interdicte statt.

verloren durch den Tod vor der Erwerbung, durch Ausschlagung und durch Entziehung wegen Unwürdigkeit. Diese drei Arten des Verlustes sind nun noch einzeln zu erörtern.

I. Verlust durch den Tod.

A. Regel.

L. 3. §. 7. D. de B. P. (37. 1.). l. 4. cod. qui admitti ad B. P. poss. (6. 9.). l. 1. §. 5. cod. de caduc. toll. (6. 51.). l. 5. pr. D. quando dies leg. vel fideic. ced. (36. 2.). l. 46. D. ad SC. Trebell. (36. 1.).

§. 474.

Da das Recht eine deferirte Erbschaft anzutreten ein höchstpersönliches Recht ist, so muß dasselbe mit dem Tode erlöschen, und der Regel nach kann es nicht auf die Erben des Erben übergehen. Von dieser Regel macht auch die sg. transmissio ex capite suitatis keine Ausnahme, da der suus, bei welchem Berufung und Erwerb der Erbschaft in ein Moment zusammenfallen, nicht das Recht der Antretung, sondern die Erbschaft selbst, die er ipso jure durch die Berufung erworben hat (§. 454), auf seine Erben transmittirt. — Bei Vermächtnissen und Universalfideicommissen verhält es sich insofern anders, als bei ihnen nach §. 459 Alles lediglich darauf ankommt, ob der erste Erwerb stattgefunden hat (dies legati cedit).

B. Ausnahmen.

Cod. VI, 52. De his, qui ante apert. tabul. heredit. transmittunt. l. 19. cod. de jure delib. (6. 30.). *Nov.* 158. — l. 30. pr. l. 86. pr. D. de acquir. vel omitt. hered. (29. 2.). l. 3. §. 30. 32. l. 4. D. de SC. Silaniano (29. 5.). l. un. §. 13. cod. de caduc. toll. (6. 51).

§. 475.

Von der im vorigen Paragraphen gegebenen Regel, daß das Antretungsrecht nicht auf die Erben des Erben übergehe, giebt es folgende Ausnahmen, welche man Transmissionsfälle nennt: 1) Die sg. *transmissio Theodosiana*, indem ein von seinem Ascendenten im Testament eingesetzter Erbe, wenn

er nach des Erblassers Tode vor der Eröffnung des Testaments stirbt, das Antretungsrecht auf seine, ihn beerbenden Descendenten überträgt. 2) Die sg. *transmissio Justinianea*, indem ein Erbe, welcher vor Vollendung der Deliberationsfrist (§. 462) stirbt, ohne sich erklärt zu haben, das Antretungsrecht in der Art auf seine Erben transmittirt, daß diese während des Restes der Deliberationsfrist antreten können. 3) Die sg. *transmissio ex capite restitutionis*, indem den Erben gestattet ist, gegen die von ihrem Erblasser versäumte Antretung einer Erbschaft in integrum restitutio nachzusuchen, vorausgesetzt, daß der Erblasser rechtlich oder durch Abwesenheit in Staatsangelegenheiten verhindert war, anzutreten. In allen diesen sg. Transmissionsfällen geht der zur Antretung Berechtigte allen jenen Personen vor, die nach dem Erblasser berufen wären, also auch den Substituten. —

II. Verlust durch Ausschlagung.

A. Im Allgemeinen.

Vergl. die Rubr. bei §. 454. *Cod.* VI, 31. De repudianda vel abstinenda hereditate. 19. De repud. B. P. *Dig.* XXIX, 4. Si quis omissa causa test. ab intestato vel alio modo possid. heredit.. *Cod.* VI, 39. Si omissa sit. caus. testam. *Nov.* 1. c. 2.

§. 476.

Die Ausschlagung im weitern Sinne ist entweder eine ausdrückliche Erklärung, daß man die Erbschaft oder das Vermächtniß nicht wolle (repudiatio), oder ein stillschweigender Verzicht (omissio). Sie geht mit der Antretung ganz analog, fordert für das Subject die nämlichen Eigenschaften (§. 457), kann nie vor Eröffnung der Erbfolge und nicht theilweise geschehen, auch nicht widerrufen werden. Zwang begründet ein Gesuch um in integrum restitutio oder auch quod metus causa actio, Betrug nur Ansprüche gegen den Betrüger, und Irrthum macht die Ausschlagung nur dann unwirksam, wenn über die Eröffnungsart der Erbfolge geirrt ist. Dieselbe Person kann einen Erbtheil (oder ein Vermächtniß) ausschlagen und ein

anderes Vermächtniß annehmen, nicht aber einen andern Erbtheil. Haben alle Erben — auch die substituirten — ausgeschlagen, so wird das Testament destitutum, und aller Nebeninhalt fällt zusammen. Wird Jemand, der schon einmal ausgeschlagen hatte, zum zweitenmale berufen, so kann er bei dieser neuen Eröffnung der Succession antreten. Hat aber ein Testamentserbe, der zugleich Intestaterbe ist, ausgeschlagen, um durch Intestatsuccession zur Verlassenschaft zu gelangen, so hat er den letzten Willen des Erblassers eben so zu erfüllen, als ob er als Testamentserbe angetreten hätte. Das Gleiche gilt von der fideicommissaria hereditas, und schlägt Jemand arglistig zum Besten eines Andern aus, um die mit Vermächtnissen Honorirten zu Schaden zu bringen, so sollen sich diese an den Intestat- und Testamentserben halten können, gleichviel, ob letzterer gegen Belohnung ausgeschlagen hat oder nicht. Schlägt ein Erbe aus, weil er das Verbot des Testator, die Falcidia abzuziehen, nicht befolgen will, so fällt die Erbschaft zuerst an die Substituten, nach diesen an die Miterben, sind keine vorhanden, an die sg. Universalfideicommissare, nach diesen an die Legatare, und dann an die mit der Freiheit bedachten Sclaven; fehlen auch solche, an die Intestaterben, und leisten diese nicht Folge, an den, der antreten will, und will sonst Niemand antreten, an den Fiscus.

B. Abstinendi potestas insbesondere.

Caj. II, 158—163. *Ulp.* XXII, 24. §. 2. Inst. de hered. qual. (2. 19.). *Cod.* VI, 31. De repudianda vel abstin. heredit.

§. 477.

Nach der Strenge des ältern Rechts konnte der zur hereditas berufene suus heres niemals ausschlagen, weil die Ausschlagung vor dem Erwerbe der Erbschaft geschehen muß, bei ihm aber Berufung und Erwerb in ein Moment zusammen fallen. Ist er jedoch vom Erblasser im Testament unter der Bedingung ernannt, wenn er wolle, so kann er schon nach

älterm Rechte ausschlagen. Später wurde dem suus heres das Recht zu abstiniren ertheilt. Dieses Abstiniren erfordert weder eine Form noch ein Decret, und kann vom impubes immer, vom pubes aber nur geschehen, wenn er sich nicht inmiscirt oder etwas aus der Erbschaft entwendet hat. Jedoch hört der suus, welcher abstinirt hat, nicht auf, Erbe zu seyn, weßhalb das Testament dadurch nicht destitutum wird, auch eine pupillaris substitutio wirksam bleibt, obgleich für den suus kein Nachtheil aus seinem Erbeseyn erwachsen kann.

C. In integrum restitutio gegen Annahme und Ausschlagung.

Caj. II, 163. *Paul.* III, 4. B. §. 11. §. 5. Inst. de hered. qual. (2. 19.). *Cod.* II, 39. Si minor ab heredit. se abstineat. 40. Si ut omissam heredit. vel B. P. vel quid aliud acquirat. l. 6. cod. de repud. vel abstin. hered. (6. 31.). l. 8. §. 6. cod. de bonis quae liberis (6. 61.).

§. 478.

In gewissen Fällen findet gegen die Annahme und Ausschlagung in integrum restitutio statt. 1) Gegen die Annahme wird Jeder aus hinreichenden Gründen restituirt. Treten dann die nach ihm Berufenen ein, was immer dann der Fall ist, wenn ihr Recht nicht in demselben Erbfolgesystem begründet ist, wie jenes des Restituirten, so müssen sie, weil letzterer doch als Erbe angesehen wird, gelten lassen, was er gethan hatte. 2) Gegen die Ausschlagung kann ebenfalls aus allgemeinen Gründen in integrum restitutio nachgesucht werden. Hat ein suus abstinirt, so wird er, wenn er major war, selbst ohne allen Grund noch drei Jahre lang restituirt, insofern die Erbschaftssachen nicht verkauft sind. War er minor, so wird während der Minderjährigkeit immer, und noch sieben Jahre nachher restituirt, wenn die Sachen nachher nicht verkauft sind. Sind sie während der Minderjährigkeit verkauft, so schadet ihm Dieß nicht. — Sowohl für die Annahme als Ausschlagung gilt die Ausnahme, daß der Minderjährige nicht restituirt wird, wenn er sich gegen die Handlung seines Vaters hat restituiren lassen.

III. Entziehung wegen Unwürdigkeit.

Ulp. XIX, 17. XXV, 17. *Paul.* III, 5. §. 10. *Dig.* XXIX, 5. De SC. Silan. et Claud., quor. test. non aper. 6. Si quis aliquem testari prohib., vel coëger. XXXIV, 9. De his, quae ut indignis aufer. XLIX, 14. De jure fisci. *Cod.* VI, 34. Si quis aliq. test. prohib., vel coëger. 35. De his, quib. ut indign. hered. aufer., et ad SC. Silan. *Nov.* 1. c. 1. 2. 4. *Nov.* 22. c. 47. *Nov.* 115. c. 3. §. 12. 13. c. 4. §. 7.

A. Allgemeine Grundsätze.

§. 479.

Zuweilen wird Jemanden Dasjenige, was er als Erbe, oder als mit einem Vermächtnisse bedacht erworben hat, wieder entrissen, entweder weil es der Erblasser auf den Fall einer gewissen Handlung verordnet hat (sg. clausula privatoria), oder weil der Honorirte von Rechts wegen als indignus betrachtet wird (ereptorium). Hinsichtlich des ersten Falles kann der Erblasser verordnen, daß der Honorirte das ihm Zugedachte wieder verlieren solle, wenn er gegen den letzten Willen handeln oder denselben anfechten würde; nur darf der letzte Wille nichts an sich Unerlaubtes oder Rechtswidriges anbefehlen. — Das dem Unwürdigen von Rechtswegen Entrissene fällt in der Regel an den Fiscus, zuweilen aber auch an andere Personen. Die allgemeinen Bedingungen der Entreißung sind, daß der Unwürdige selber berufen seyn und erworben haben muß, nicht ein Andrer durch ihn, daß eine in den Gesetzen genannte Ursache der Entreißung wirklich vorhanden, und daß, wenn diese Ursache in einer unerlaubten Handlung besteht, der Handelnde major seyn muß. Jedoch bleibt der Unwürdige, wenn er es war, auch nach der Entreißung noch Erbe, weßhalb die durch Confusion vernichteten Verhältnisse nicht wieder aufleben. Auch muß der an seine Stelle Tretende alle onera des indignus übernehmen.

B. Besondere Grundsätze.

§. 480.

Folgende Grundsätze gelten I. gemeinschaftlich für Erbschaften und Vermächtnisse: A) Der Fiscus entreißt dem Unwürdigen das Erworbene, 1) wenn dieser den Erblasser ermordet, oder ihm nach dem Leben gestrebt hat. 2) Wenn er das Testament als inofficiosum oder verfälscht angefochten, und den Proceß verloren hat. 3) Wenn der Pupillarsubstitut als solcher annahm, und doch c. t. B. P. agnoscirt hat. 4) Wenn der Honorirte heimliche Auflagen an Unfähige übernimmt (tacitum fideicommissum). 5) Wenn er gewaltsam oder betrügerisch den Erblasser hinderte, ein Testament zu machen oder zu ändern, in welchem Fall auch der Dritte, zu dessen Gunsten dieses geschehen, indignus ist. 6) Wenn er rechtswidrig seine Mündel heirathet. 7) Wenn zwischen dem Erblasser und Honorirten Ehebruch oder stuprum stattfand. 8) Wenn er dem Erblasser den status bestritt. 9) Wenn er den letzten Willen des Erblassers nicht erfüllt hat (§. 460). B) Andre Personen entreißen dem Unwürdigen das Erworbene, 1) wenn der Honorirte die ihm aufgetragene Erziehung einer Person ablehnt, und zwar Substituten, Miterben, Intestaterben, und bei Vermächtnissen die damit Onerirten; ebenso 2) wenn er die ihm aufgetragene Beerdigung unterläßt; 3) wenn er sich von der ihm aufgetragenen tutela und cura excusirt, wo wieder Substituten, Miterben und Intestaterben, bei Vermächtnissen aber der Pupill oder Curande eintritt; 4) wenn er den letzten Willen nicht erfüllt (§. 460). II. Bei Erbschaften gelten folgende Grundsätze: A) Der Fiscus entreißt dem Unwürdigen die Erbschaft, 1) wenn der Erbe die Ermordung des Erblassers nicht rächt; 2) wenn er über die künftige Erbschaft bei Lebzeiten des Erblassers Verträge abgeschlossen; 3) wenn der Erblasser des Erben Namen im Testament überzogen, oder die Einsetzung in einem materiell ungültigen Testament widerrufen hat. 4) Hat der Erbe Vermächtnisse verheimlicht oder auf die Seite geschafft, so zieht statt seiner der Fiscus die falcidia ab. B) Andre Per-

sonen entreißen dem Erben als einem indignus die Erbschaft, 1) wenn er die Erbittung eines tutor versäumt hat (§. 353). 2) Wenn die Erben eines Wahnsinnigen diesen vernachlässiget haben, so tritt an ihre Stelle der Verpfleger desselben, wenn er sie vergebens zur Verpflegung aufgerufen hatte. 3) Wenn Ascendenten oder Descendenten ihren Erblasser in feindlicher Gefangenschaft umkommen ließen, so entreißt ihnen die Kirche des Geburtsortes des Umgekommenen die Erbschaft. III. Bei Vermächtnissen entreißt der Onerirte dem Honorirten das Erworbene, wenn dieser die vermachte Sache entwendet, oder das Testament arglistig verborgen hatte. —

Register.

Die Zahlen bezeichnen die Paragraphen. Die Clammern deuten die Nothwendigkeit einer Wortverstellung an. Die Kreuze bezeichnen den neuern Ursprung lateinischer Worte.

B.

M.

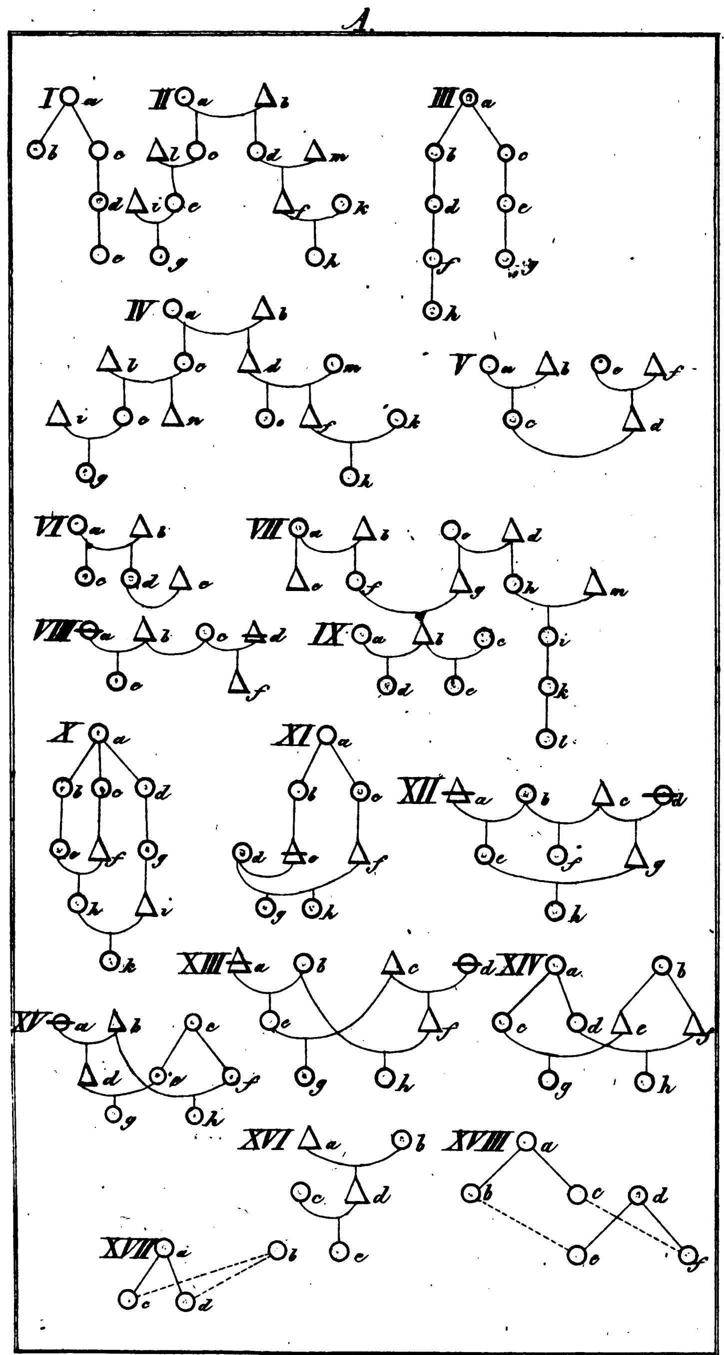
N.

Q.

R.

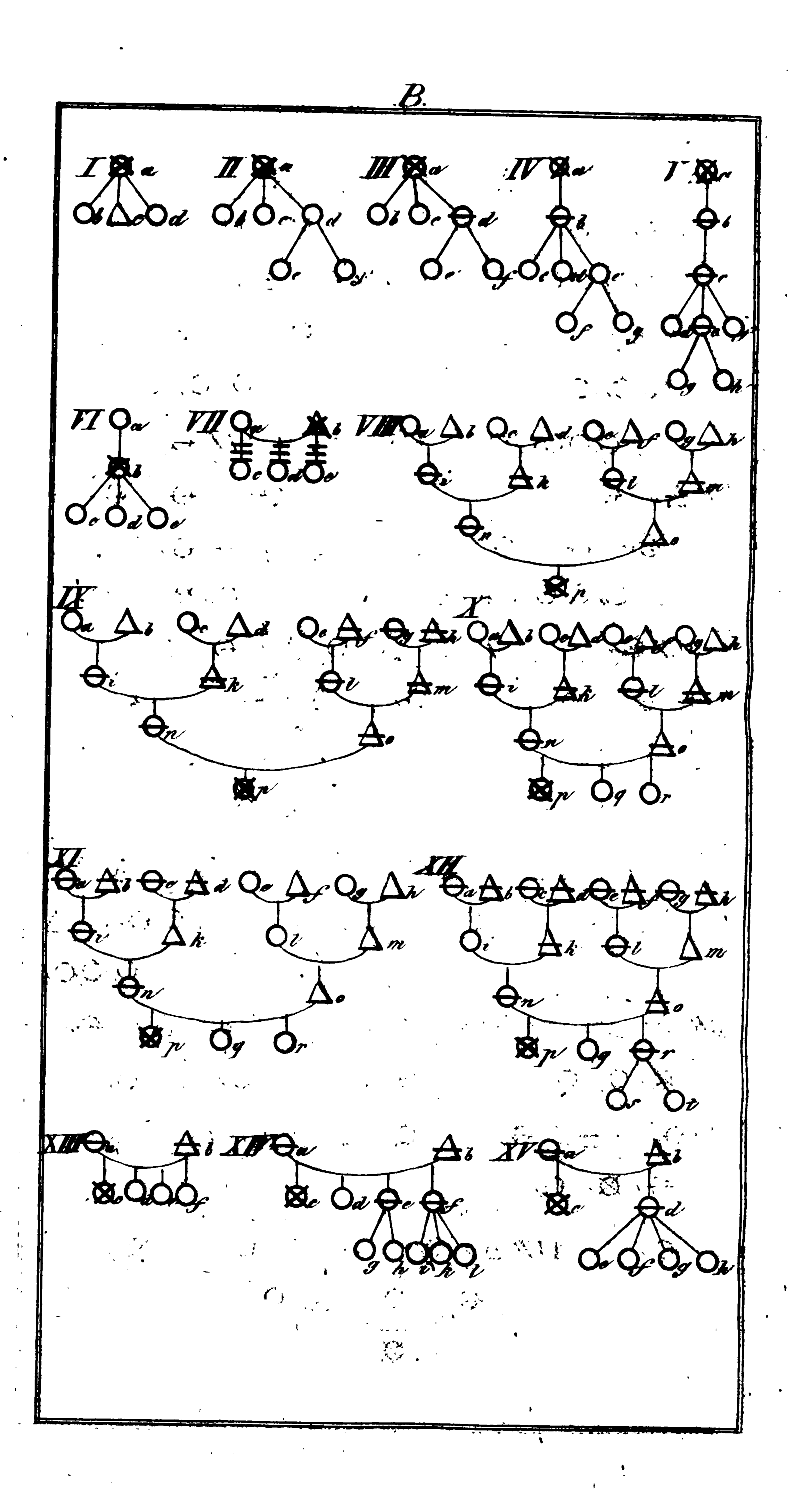
S.

A.

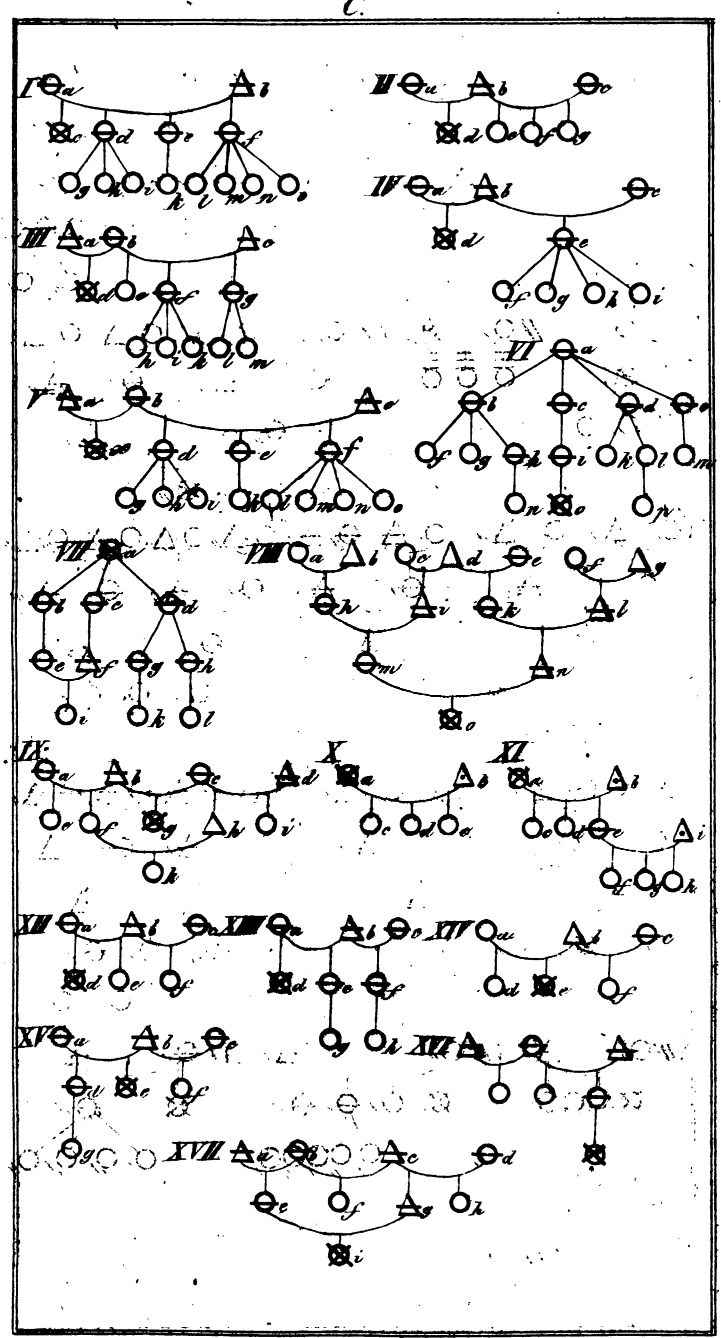


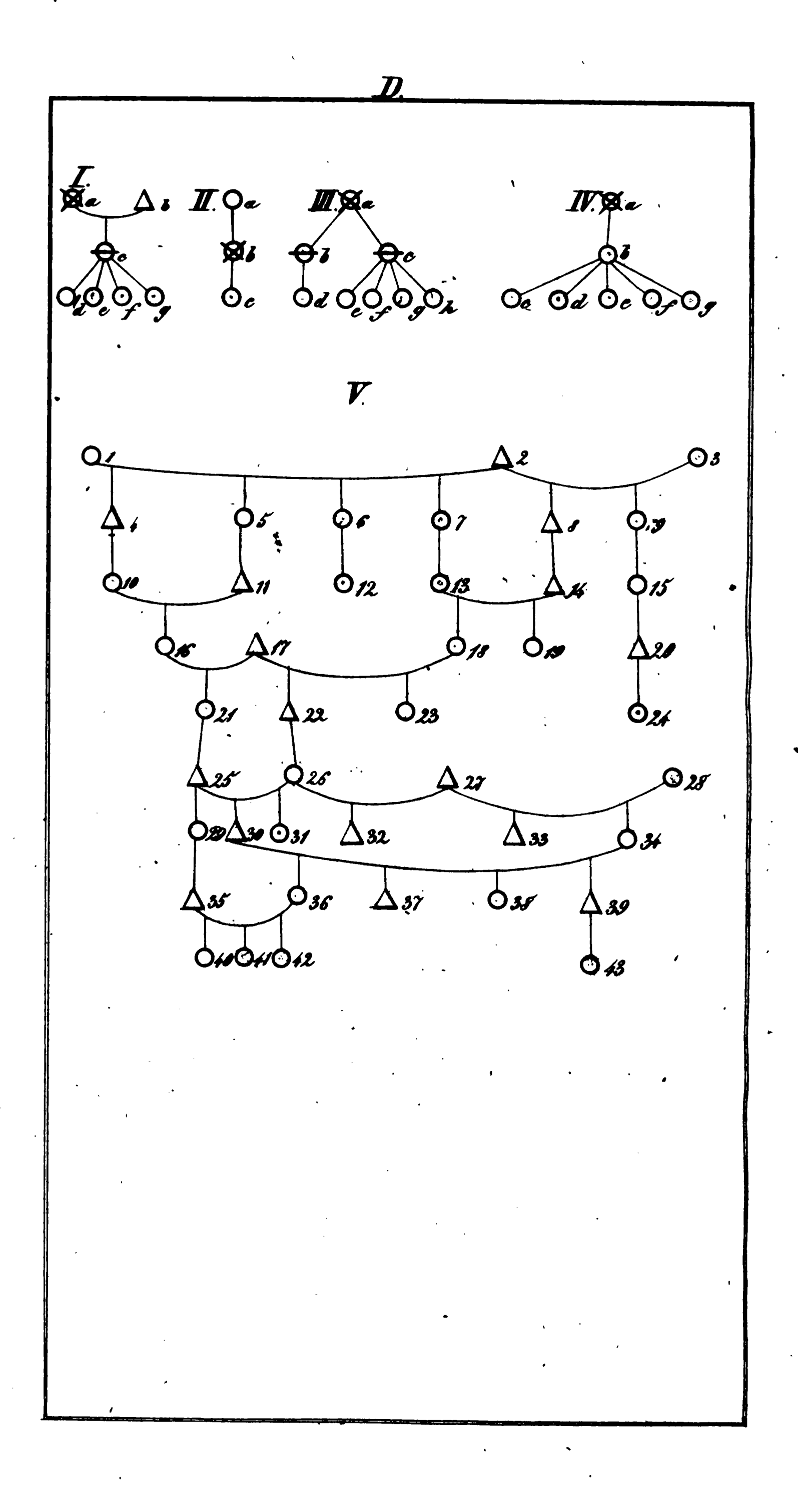
Lang, Lehrbuch des Just. Röm. Rechts.

B.



C.





D.
I. a b c d e f g
II. a b c
III. a b c d e f g h
IV. a b c d e f g
V.
1 2 3
4 5 6 7 8 9
10 11 12 13 14 15
16 17 18 19 20
21 22 23 24
25 26 27 28
29 30 31 32 33 34
35 36 37 38 39
40 41 42 43

